This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Digitized by Google

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
531941008X

Digitized by Google

Digitized by Google

4=4
D 21441

22 8 2C

Digitized by Google

27.441

DIGESTUM
ROMANO-HISPANUM

AD USUM

TIRONUM HISPANORUM ORDINATUM:

OPERA

JOANNIS SALA,

PRÆPOSITI VALENTINI.

EDITIO TERTIA.

UNIVERSIDAD CENTRAL
BIBLIOTECA
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TOMUS I.

MATRITI
EX TYPOGRAPHIA REGIA
1832.

Digitized by Google

Pensado 68

Digitized by Google

LECTORI BENEVOLO.

Cautius locutus fuisset Justinianus in §. 4. *proemii suarum Institutionum*, si cum dixit *eas* esse totius legitimæ scientiæ prima elementa, verbum *fere* adjecisset: quandoquidem in *eis* prorsus desiderentur tractationes de jurisdictione, transactionibus, evictionibus, aliisque argumentis scitu dignissimis. Sed nec omnia, quæ continent, traduntur ita, ut vel tironi expediat eis acquiescere: nisi, extra quam operis naturæ respondet, velimus eas longissimo commentario illustrare. Adolescentibus igitur qui juris scientiam haurire exoptant, duo necessaria sunt, postquam succum *Institutionum* ebiberint, ut ea noscant, de quibus altum in *Institutionibus* silentium; et illa quæ in eisdem exilius, quam est opus, traduntur, plenius intelligant. Agnovit id quoque ipsemet Justinianus in sua constitutione *de ratione et methodo juris docendi*, volens quidem, ut in hoc studio *Institutiones* primum sibi vindicarent locum, utpote prima ves-

Digitized by Google

tigia scientiæ mediocriter tradentes, annum tamen incompletum *eis* destinans, ut postmodum ad *Digestorum* libros studiosi convolarent.

Hanc rectam methodum sumus secuti, curantes ut nostræ *Romano-Hispanæ Institutiones* huic *Digesto Romano-Hispano* præirent. Cæterum, quia ubique fere usus invaluit, ut latius, quam par est, *Institutiones* in Scholis exponantur, *eas* ita ordinavimus, ut occupent biennio tirones, et possint iidem per alios duos annos, studio *Pandectarum* vacare. Quia vero repetitio fastidium, et sæpe confusionem creat; consilium nobis fuit, ea quæ in *Institutionibus* tradidimus *hic* non inculcare, sed ad *eas* adolescentes remittere quoties opus esse putavimus: quod nobis frequentissime contigisse fuit necesse; propterea quod argumenta in *illis* exposita, iterum evolvere oportuit in hoc *Digesto*. Istud, quantum licuit, implevimus jure Hispano, ipsum Romano adjungentes, ea ducti ratione, eamque servantes methodum quas in *præfatione Institutionum* memoravimus.

Textus omnes, quos in hoc opere laudamus, et interpretes quorum sententias amplectimur aut rejicimus, semel et iterum sedulo legare curavimus, ut verum caperemus sensum, et fides nostra in citando non falleret. Quinque annos in

Digitized by Google

eo consumpsimus; omnia examinantes quanta potuimus diligentia. Errores, quos inveneris, nostri sunt; magna quippe nobis fuit cura à plagiis abstinere. Quo plures correxeris, gratiores tibi erimus: quia non gloriam nostram, sed adolescentium utilitatem aucupamur.

MONITUM.

Ut nostræ Romano-Hispanæ Institutiones breviores evadant in nova quam paramus editione; et quia Appendices de retractibus, societate legali, et censibus, *quas ipsæ continent, sedem magis aut saltem æque propriam habent in hoc Digesto, placuit nobis eas hoc inde transferre.*

Digitized by Google

INDEX TITULORUM

QUI IN PANDECTIS CONTINENTUR

JUXTA SERIEM LITERARUM DIGESTUS.

Prior num. lib. posterior titul. significat.

A

Abigeis 47.. 14
Acceptilatione 46.. 4
Accusationibus et inscriptionibus 48.. 2
Actione rerum amotarum 25.. 2
Actionibus empti et venditi 19.. 1
Ademptione libertatis 40.. 6
Ad exibendum 10.. 4
Adimendis vel transferendis legatis vel fideicommisis 34.. 4
Ad legem Aquiliam 9.. 2
Ad legem Corneliam de falsis et de SC. Liboniano 48.. 10
Ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis 48.. 8
Ad legem Falcidiam 35.. 2
Ad legem Fabiam de plagiariis 48.. 15
Ad legem Juliam de adulteriis cœrcendis 48.. 5
Ad legem Juliam de ambitu 48.. 14
Ad legem Juliam de annona 48.. 12
Ad legem Juliam Majestatis 48.. 4
Ad legem Juliam peculatus, et de sacrilegiis, et de residuis 48.. 13
Ad legem Juliam repetundarum 48.. 11
Ad legem Juliam de vi privata 48.. 7
Ad legem Juliam de vi publica 48.. 9
Ad legem Pompejam de parricidis 48.. 9
Administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint, vel non: et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus 26.. 7
Administratione rerum ad civitates pertinentium 50.. 8
Ad municipalem et de incolis 50.. 1
Adoptionibus et emancipationibus, et aliis modis quibus potestas solvitur 1.. 7
Adquirenda vel amittenda possessione 41.. 2
Adquirenda vel omittenda hæreditate 29.. 2
Adquirendo rerum dominio 41.. 1
Ad SC. Tertyllianum et Orphitianum 38.. 17
Ad SC. Trebellianum 36.. 1
Ad SC. Turpillianum, et de abolit. criminum 48.. 16
Ad SC. Vellejanum 16.. 1
Adsignandis libertis 38.. 4
Ædilitio edicto, et redhibitione, et quanti minoris 21.. 1

Digitized by Google

Æstimatoria actione 19.. 3
Agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus vel patronis, vel libertis 25.. 3
Albo scribendo 50.. 3
Aleatoribus 11.. 5
Alienatione judicii mutandi causa facta 4.. 7
Alimentis vel cibariis legatis 34.. 1
Annuis legatis et fideicommissis 33.. 1
An per alium causæ appellationum reddi possint 49.. 9
Appellationibus et relationibus 49.. 1
Appellationibus recipiendis vel non 49.. 5
Apud eum à quo appellatur aliam causam agere compellendum 49.. 12
Aqua et aquæ pluviæ arcendæ 39.. 3
Aqua quotidiana et æstiva 43.. 20
A quibus appellari non licet 49.. 2
Arboribus cædendis 43.. 27
Arborum fortim cæsarum 47.. 7
Auctoritate et consensu tutorum et curatorum 26.. 8
Auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis, et statuis legatis 34.. 2

B

Bonis damnatorum 48.. 20
Bonis eorum qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruperunt 48.. 21
Bonis libertorum 38.. 2
Bonorum possessione contra tabulas 37.. 4
Bonorum possessione ex testamento militis 37.. 13
Bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, cæco competente 37.. 3
Bonorum possessione secundum tabulas 37.. 11
Bonorum possessionibus 37.. 1

C

Cadaveribus punitorum 48.. 24
Calumniatoribus 3.. 6
Capite minutis 4.. 5
Captivis, et de postliminio et redemptis ab hostibus 49.. 15
Carboniano edicto 37.. 10
Castrensi peculio 49.. 17
Censibus 50.. 15
Cessione bonorum 42.. 3
Cloacis 43.. 23
Collatione 37.. 6
Collegiis et corporibus 47.. 22
Collussione detegenda 40.. 16
Commodati vel contra 13.. 6
Communia prædiorum tam urbanorum quam rusticorum 8.. 4
Communi dividundo 10.. 3
Compensationibus 16.. 2
Concubinis 25.. 7
Concussione 47.. 13
Condictione causa data, causa non secuta 12.. 4
Condictione ex lege 13.. 2
Condictione furtiva 13.. 1
Condictione indebiti 12.. 6
Condictione ob turpem vel injustam causam 12.. 5
Condictione sine causa 12.. 7
Condictione triticiaria 13.. 3

Digitized by Google

Conditionibus et demonstrationibus, et causis et modis eorum quæ in testamento scribuntur 35.. 1
Conditionibus institutionum 28.. 7
Confesis 42.. 2
Confirmando tutore vel curatore 26.. 3
Conjungendis cum emancipato liberis ejus 37.. 8
Constitutionibus Principum 1.. 4
Contrahenda emptione, et de pactis inter emptorem et venditorem compositis, et quæ res venire non possunt 18.. 1
Contraria tutelæ et utili actione 27.. 4
Curatore bonis dando 42.. 7
Curatoribus furioso et aliis extra minores dandis 27.. 10
Custodia et exhibitione reorum 48.. 3

D

Damno infecto, et de suggrundis et protectionibus 39.. 2
Decretis ab ordine faciendis 50.. 9
Decurionibus et filiis eorum 50.. 2
Depositi vel contra 16.. 3
Distractione pignorum et hypothecarum 20.. 5
Diversis regulis juris antiqui 50.. 17
De diversis temporalibus præscriptionibus, et accessionibus possessionum 44.. 3
Divisione rerum et qualitate 1.. 8
Divortiis et repudiis 24.. 2
Doli mali et metus exceptione 44.. 4
Dolo malo 4.. 3
Donationibus 39.. 5
Donationibus inter virum et uxorem 24.. 1
Dote prælegata 33.. 4
Dotis collatione 37.. 7
Duobus reis constituendis 45.. 2

E

Edendo 2.. 13
Effractoribus et expilatoribus 47.. 18
Eo per quem factum erit quo minus quis in judicio sistat 2.. 10
Eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit 27.. 5
Eo quod certo loco dari oportet 13.. 4
Eum qui appellaverit in provincia defendi 49.. 11
Evictionibus et duplæ stipulatione. 21.. 2
Exceptione rei judicatæ 44.. 2
Exceptione rei venditæ et traditæ 21.. 3
Exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis 44.. 1
Excusationibus 27.. 1
Exercitoria actione 14.. 1
Expilatæ hæreditatis 47.. 19
Ex quibus causis majores vigintiquinque annis in integrum restituantur 4.. 6
Extraordinariis cognitionibus, et si Judex litem suam fecisse dicetur 50.. 13
Extraordinariis criminibus 47.. 11

Digitized by Google

F

Familiæ erciscundæ 10.. 2
Feriis et dilationibus, et diversis temporibus 2.. 12
Fideicommissaria hereditatis petitione 5.. 6
Fideicommissariis libertatibus 40.. 5
Fide instrumentorum et amissione eorum 22.. 4
Fidejussoribus et mandatoribus 46.. 1
Fidejussoribus, et nominatoribus, et hæredibus tutorum et curatorum 27.. 7
Finium regundorum 10.. 1
Fluminibus: ne quid in flumine publico ripave ejus fiat quo pejus navigetur 43.. 12
Fonte 43.. 22
Fugitivis 11.. 4
Fundo dotali 23.. 5
Furibus balneariis 47.. 17
Furti adversus nautas, caupones, stabularios 47.. 5
Furtis 47.. 2

G

Glande legenda 43.. 28
Gradibus et affinibus et nominibus eorum 38.. 10

H

Hæredibus instituendis 28.. 5
Hæreditate vel actione vendita 18.. 4
Hæreditatis petitione 5.. 3
His quæ in testamento delentur, indicuntur, vel inscribuntur 28.. 4
His quæ pœnæ causa relinquuntur 34.. 6
His quæ pro non scriptis habentur 34.. 8
His quæ ut indignis auferuntur 34.. 9
His qui effunderint vel dejecerint 9.. 3
His qui notarunt infamia 3.. 2
His qui sui vel alieni juris sunt 1.. 6
Homine libero exhibendo 43.. 29

I

Impensis in res dotales factis 25.. 1
Incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata 47.. 9
In diem addictione 18.. 2
In integrum restitutionibus 4.. 1
Injuriis et famosis libelliis 47.. 10
Injusto, rupto, irrito facto testamento 28.. 3
In jus vocando 2.. 4
In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent 2.. 6
In litem jurando 12.. 3
Inofficioso testamento 5.. 2
In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20.. 2
In rem verso 15.. 3
Inscipiendo ventre, custodiendoque partu 25.. 4
Institutoria actione 14.. 3
Instructo vel instrumento legato 33.. 7
Interdictis, et relegatis, et deportatis 48.. 22
Interdictis sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt 43.. 1
Interrogationibus in jure

Digitized by Google

faciendis et interrogatoriis actionibus 11.. 1
Itinere actuque privato 43.. 19

J

Judicatum solvi 46.. 7
Judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat 5.. 1
Jure aureorum annulorum 40.. 10
Jure codicillorum 29.. 7
Jure deliberandi 28.. 8
Jure dotium 23.. 3
Jure fisci 49.. 14
Jure immuninatis 50.. 6
Jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali 12.. 2
Jure patronatus 37.. 14
Jurisdictione 2.. 1
Juris et facti ignorantia 22.. 6
Justitia et jure 1.. 1

L

Legationibus 50.. 7
Legatis et fideicommissis lib. primus 30.. 1
Legatis et fideicommissis lib. secundus 31.. 1
Legatis et fideicommissis lib. tertius 32.. 1
Legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita 37.. 5
Lege commissoria 18.. 3
Lege Cornelia de falsis et de SC. Liboniano 48.. 10
Lege Fabia de Plagiariis 48.. 15
Lege Julia ambitus 48.. 14
Lege Julia de annona 48.. 12
Lege Julia repetundarum 48.. 11
Lege Pompeja de parricid. 48.. 9
Lege Rhodia de jactu 14.. 2
Legibus senatusque consultis, et longa consuetudine 1.. 3
Legitimis tutoribus 26.. 4
Libellis dimissoriis qui apostoli dicuntur 49.. 6
Libera causa 40.. 12
Liberatione legata 34.. 3
Liberis et posthumis hæredibus instituendis vel exhæredandis 28.. 2
Liberis exhibendis, item ducendis 43.. 30
Libertis universitatum 38.. 3
Litigiosis 44.. 6
Locati conducti 19.. 2
Loco publico fruendo 43.. 9
Locis et itineribus publicis 43.. 7

M

Magistratibus conveniendis 27.. 8
Mandati vel contra 17.. 1
Manumissionibus 40.. 1
Manumissionibus quæ servis ad universitatem pertinentibus imponuntur 40.. 3
Manumissis testamento 40.. 4
Manumissis vindicta 40.. 2
Migrando 43.. 32
Minoribus viginti quinque annis 4.. 4
Mortis causa donationibus et capionibus 39.. 6
Mortuo inferendo et sepulcro ædificando 11.. 8
Muneribus et honoribus 50.. 4

N

Natalibus restituendis 40.. 11
Nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant 4.. 9

Digitized by Google

Nautico fœnore 22.. 2
Ne de statu defunctorum post quinquenium quæratur 40.. 15
Negotiis gestis 3.. 5
Nè quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore æstate fluxit 43.. 13
Ne quid in loco publico vel itinere fiat 43.. 8
Ne quid in loco sacro fiat 43.. 6
Ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat 2.. 7
Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit 43.. 4
Nihil innovari appellatione interposita 49.. 7
Novationibus et delegationibus 46.. 2
Novi operis nuntiatione 39.. 1
Noxalibus actionibus 9.. 4
Nundinis 50.. 11

O

Obligationibus et actionibus 44.. 7
Obsequiis parentibus et patronis præstandis 37.. 15
Officio Adsessum 1.. 22
Officio Consulis 1.. 10
Officio ejus cui mandata est jurisdictio 1.. 21
Officio juridici 1.. 20
Officio Præfecti Augustalis 1.. 17
Officio Præfecti prætorio 1.. 11
Officio Præfecti Vigilum 1.. 15
Officio Præfecti urbi 1.. 12
Officio Præsidis 1.. 18
Officio Prætorum 1.. 14
Officio Proconsulis et legati 1.. 16
Officio procuratoris Cæsaris vel rationalis 1.. 19
Officio Quæstoris 1.. 13
Operibus publicis 50.. 10
Operis libertorum 38.. 1
Operis novi nuntiatione 39.. 1
Operis servorum 7.. 7
Optione vel electione legata 33.. 5
Origine juris et omnium Magistratuum, et successione Prudentium 1.. 2

P

Pactis 2.. 14
Pactis dotalibus 23.. 4
Peculio 15.. 1
Peculio legato 33.. 8
Pecunia constituta 13.. 5
Penu legata 33.. 9
Periculo et commodo rei venditæ 18.. 6
Petitione hæreditatis 5.. 3
Pigneratitia actione vel contra 13.. 7
Pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum 20.. 1
Pœnis 48.. 19
Pollicitationibus 50.. 12
Popularibus actionibus 47.. 23
Possess. hæreditatis petitione 5.. 5
Postulando 3.. 1
Præscriptis verbis et in factum actionibus 19.. 5
Prætoriis stipulationibus 46.. 5
Prævaricatione 47.. 15
Precario 43.. 26
Privatis delictis 47.. 1
Probationibus et præsumptionibus 22.. 3
Procuratoribus et defensoribus 3.. 3

Digitized by Google

faciendis et interrogatoriis actionibus 11.. 1
Itinere actuque privato 43.. 19

J

Judicatum solvi 46.. 7
Judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat 5.. 1
Jure aureorum annulorum 40.. 10
Jure codicillorum 29.. 7
Jure deliberandi 28.. 8
Jure dotium 23.. 3
Jure fisci 49.. 14
Jure immuninatis 50.. 6
Jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali 12.. 2
Jure patronatus 37.. 14
Jurisdictione 2.. 1
Juris et facti ignorantia 22.. 6
Justitia et jure 1.. 1

L

Legationibus 50.. 7
Legatis et fideicommissis lib. primus 30.. 1
Legatis et fideicommissis lib. secundus 31.. 1
Legatis et fideicommissis lib. tertius 32.. 1
Legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita 37.. 5
Lege commissoria 18.. 3
Lege Cornelia de falsis et de SC. Liboniano 48.. 10
Lege Fabia de Plagiariis 48.. 15
Lege Julia ambitus 48.. 14
Lege Julia de annona 48.. 12
Lege Julia repetundarum 48.. 11
Lege Pompeja de parricid. 48.. 9
Lege Rhodia de jactu 14.. 2
Legibus senatusque consultis, et longa consuetudine 1.. 3
Legitimis tutoribus 26.. 4
Libellis dimissoriis qui apostoli dicuntur 49.. 6
Libera causa 40.. 12
Liberatione legata 34.. 3
Liberis et posthumis hæredibus instituendis vel exhæredandis 28.. 2
Liberis exhibendis, item ducendis 43.. 30
Libertis universitatum 38.. 3
Litigiosis 44.. 6
Locati conducti 19.. 2
Loco publico fruendo 43.. 9
Locis et itineribus publicis 43.. 7

M

Magistratibus conveniendis 27.. 8
Mandati vel contra 17.. 1
Manumissionibus 40.. 1
Manumissionibus quæ servis ad universitatem pertinentibus imponuntur 40.. 3
Manumissis testamento 40.. 4
Manumissis vindicta 40.. 2
Migrando 43.. 32
Minoribus viginti quinque annis 4.. 4
Mortis causa donationibus et capionibus 39.. 6
Mortuo inferendo et sepulcro ædificando 11.. 8
Muneribus et honoribus 50.. 4

N

Natalibus restituendis 40.. 11
Nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant 4.. 9

Digitized by Google

Nautico fœnore 22.. 2
Ne de statu defunctorum post quinquenium quæratur 40.. 15
Negotiis gestis 3.. 5
Nè quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore æstate fluxit 43.. 13
Ne quid in loco publico vel itinere fiat 43.. 8
Ne quid in loco sacro fiat 43.. 6
Ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat 2.. 7
Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit 43.. 4
Nihil innovari appellatione interposita 49.. 7
Novationibus et delegationibus 46.. 2
Novi operis nuntiatione 39.. 1
Noxalibus actionibus 9.. 4
Nundinis 50.. 11

O

Obligationibus et actionibus 44.. 7
Obsequiis parentibus et patronis præstandis 37.. 15
Officio Adsessum 1.. 22
Officio Consulis 1.. 10
Officio ejus cui mandata est jurisdictio 1.. 21
Officio juridici 1.. 20
Officio Præfecti Augustalis 1.. 17
Officio Præfecti prætorio 1.. 11
Officio Præfecti Vigilum 1.. 15
Officio Præfecti urbi 1.. 12
Officio Præsidis 1.. 18
Officio Prætorum 1.. 14
Officio Proconsulis et legati 1.. 16
Officio procuratoris Cæsaris vel rationalis 1.. 19
Officio Quæstoris 1.. 13
Operibus publicis 50.. 10
Operis libertorum 38.. 1
Operis novi nuntiatione 39.. 1
Operis servorum 7.. 7
Optione vel electione legata 33.. 5
Origine juris et omnium Magistratuum, et successione Prudentium 1.. 2

P

Pactis 2.. 14
Pactis dotalibus 23.. 4
Peculio 15.. 1
Peculio legato 33.. 8
Pecunia constituta 13.. 5
Penu legata 33.. 9
Periculo et commodo rei venditæ 18.. 6
Petitione hæreditatis 5.. 3
Pigneratitia actione vel contra 13.. 7
Pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum 20.. 1
Pœnis 48.. 19
Pollicitationibus 50.. 12
Popularibus actionibus 47.. 23
Possess. hæreditatis petitione 5.. 5
Postulando 3.. 1
Præscriptis verbis et in factum actionibus 19.. 5
Prætoriis stipulationibus 46.. 5
Prævaricatione 47.. 15
Precario 43.. 26
Privatis delictis 47.. 1
Probationibus et præsumptionibus 22.. 3
Procuratoribus et defensoribus 3.. 3

Digitized by Google

Pro derelicto 41.. 7
Pro donato 41.. 6
Pro dote 41.. 9
Pro emptore 41.. 4
Pro hærede vel pro possessore 41.. 5
Pro legato 41.. 8
Pro socio 17.. 2
Pro suo 4.. 10
Proxeneticis 50.. 14
Publicanis et vectigalibus et commissis 39.. 4
Publiciana in rem actione 6.. 2
Publicis judiciis 48.. 1

Q

Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur 42.. 8
Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt 20.. 3
Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur 49.. 8
Quæstionibus 48.. 18
Quando appellandum sit, et intra quæ tempora 49.. 4
Quando de peculio actio annalis est 15.. 2
Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat 36.. 2
Quando dies ususfr. legati cedat 7.. 3
Quando ex facto tutoris vel curatoris minoris agere vel conveniri possunt 26.. 9
Quarum rerum actio non datur 44.. 5
Quemadmodum servitutes amittantur 8.. 6
Quibus ad libertatem proclamare non licet 40.. 13
Quibus ex causis in possessionem eatur 42.. 4
Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur 20..
Quibus modis ususfructus vel usus amittitur 7.. 4
Quibus non competit bonorum possessio 38.. 3
Quibus rebus ad eundem Judicem eatur. 11.. 2
Qui et à quibus manumissi liberi non fiunt, et ad legem Æliam Sentiam 40.. 9
Qui petant tutores vel curatores, et ubi petantur 26.. 6
Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt 20.. 4
Qui satisdare cogantnr vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur 2.. 8
Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt 40.. 8
Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant 28.. 1
Quis à quo appelletur 49.. 3
Quis ordo in possessionibus servetur 38.. 15
Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agantur 3.. 4
Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur 14.. 5
Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur 27.. 6
Quod jusu 15.. 4
Quod legatorum 43.. 3
Quod metus causa gestum erit 4.. 2

Digitized by Google

Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur 2.. 2
Quod vi aut clam 43.. 24
Quorum bonorum 43.. 2

R

Ratam rem haberi, et de ratihabitione 46.. 8
Rebus auctoritate Judicis possidendis (seu vendundis) 42.. 5
Rebus creditis si certum petetur, et de conditione 12.. 1
Rebus dubiis 34.. 5
Rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis 27.. 9
Receptatoribus 47.. 16
Receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant 4.. 8
Regula Catoniana 34.. 7
Rei vindicatione 6.. 1
Re judicata, et de effectu sententiarum, et de interlocutionibus 42.. 1
Religiosis et sumptibus funerum, et ut funus ducere liceat 11.. 7
Re militari 49.. 16
Remissionibus 43.. 25
Rem pupilli vel adolescentis salvam fore 46.. 6
Requirendis vel absentibus damnandis 48.. 17
Rerum amotarum 25.. 2
Rerum permutatione 19.. 4
Rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere 18.. 5
Ripa munienda 43.. 15
Ritu nuptiarum 23.. 2
Rivis 43.. 21

S

Salviano interdicto 43.. 33
Senatoribus 1.. 9
Senatusconsulto Macedoniano 14.. 6
Senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur. 29.. 5
Sententiam passis et restitutis 48.. 23
Separationibus 42.. 6
Sepulchro violato 47.. 12
Servis exportandis, vel si ita mancipium venierit ut manumittatur vel contra 18.. 7
Servitute legata 33.. 3
Servitutibus 8.. 1
Servitutibus prædiorum rusticorum 8.. 3
Servitutibus urbanorum prædiorum 8.. 2
Servo corrupto 11.. 5
Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur 6.. 3
Si aparente quis manumissus sit 37.. 12
Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur 35.. 3
Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur 2.. 9
Si familia furtum fecisse dicetur 47.. 6
Si ingenuus esse dicetur 40.. 14
Si is qui testamento liber esse jussus erit, post mortem domini ante aditam

Digitized by Google

hæreditatem subripuisse aut corrupisse quid dicatur 47.. 4
Si mensor falsum modum dixerit 11.. 6
Si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicetur 25.. 6
Si pars hæreditatis petatur 5.. 4
Si pendente appellatione mors intervenerit 49.. 13
Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur 9.. 1
Si quid in fraudem patroni factum sit 38.. 5
Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit 29.. 6
Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit 2.. 11
Si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit quem ex edicto non debuerit 2.. 5
Si quis jus dicenti non obtemperaverit 2.. 3
Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hæreditatem 29.. 4
Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur 8.. 5
Si tabulæ testamenti extabunt 37.. 2
Si tabulæ testamenti nullæ extabunt; unde liberi 38.. 6
Si tutor vel curator vel Magistratus creatus appellaverit 49.. 10
Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur 25.. 5
Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur 7.. 6
Solutionibus et liberationibus 46.. 3
Soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur 24.. 3
Sponsalibus 23.. 1
Statu hominum 1.. 5
Statuliberis 40.. 7
Stellionatus 47.. 20
Stipulatione servorum 45.. 3
Stipulationibus prætoriis 46.. 5
Successorio edicto 38.. 9
Suis et legitimis hæredibus 38.. 16
Supellectile legata 33.. 10
Superficiebus 43.. 18
Suspectis tutoribus et curatoribus 26.. 10

T

Tabulis exibendis 43.. 5
Termino motu 47.. 21
Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur 29.. 3
Testamentaria tutela 26.. 2
Testamento militis 29.. 1
Testibus 22.. 5
Tigno junoto 47.. 3
Transactionibus 2.. 15
Tributaria actione 14.. 4
Tritico, vino, vel oleo legato 33.. 6
Tutelæ et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione 27.. 3
Tutelis 26.. 1
Tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent: et qui, et in quibus causis specialiter dari possunt 26.. 5

Digitized by Google

V

Vacatione et excusatione numerum 50.. 5
Ventre in possessionem mittendo, et curatore ejus 37.. 9
Verborum obligationibus 45.. 1
Verborum significatione 50.. 16
Veteranis 49.. 18
Veteranorum et militum successione 38.. 12
Via publica, et itinere publico reficiendo 43.. 11
Via publica, et si quid in ea factum esse dicatur 43.. 10
Vi bonorum raptorum, et de turba 47.. 8
Vi et de vi armata 43.. 16
Vulgari et pupillari substitutione 28.. 6

U

Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei præstandis 27.. 2
Unde cognati 38.. 8
Unde legitimi 38.. 7
Unde vir et uxor 38.. 11
Usu et habitatione 7.. 8
Usu, et usufructu, et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis 33.. 2
Usufructu adcrescendo 7.. 2
Usufructuarius quemadmodum caveat 7.. 9
Usufructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur 7.. 5
Usufructu, et quemadmodum quis utatur fruatur 7.. 1
Usuris et fructibus, et causis et omnibus accesionibus et mora 22.. 1
Usurpationibus et usucapionibus 41.. 3
Ut ex legibus Senatusve consultis bonorum possesio detur 38.. 14
Ut in flumine publico navigare liceat 43.. 14
Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat 36.. 4
Uti possidetis 43.. 17
Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur 36.. 3
Utrubi 43.. 31

Digitized by Google

INDEX

RERUM ET VERBORUM.

Num. Romanus tom. significat, Arabicus pag. lit. a. *columnam prior. lit.* b. *posterior.*

A

Abigeus quis dicatur: ejusque pœna, II. 330.
Abolitio criminum quid sit et quotuplex, II. 363. Ejus effectus, *ibid.* 364. *b.* Jus Hispanum de abolitionibus, *ibid.* 366.
Absentes quando restituantur in integrum, I. 77. *b.* Quando possint damnari, II. 367.
Acusatio quid sit, cum summario eorum quæ ad illam pertinent, II. 341.
Actio ad exhibendum, cum summario, I. 150.
Actio æstimatoria, I. 349. *a*: alio sensu appellatur etiam ita actio quanti minoris, II. 26. *a.*
Actio aquæ pluviæ arcendæ, cum summario, II. 244.
Actio arborum furtim cæsarum, II. 324.
Actio *Calvisiana*, II. 226.
Actio damni infecti, II. 239.
Actio de dolo, I. 60. *b.*
Actio de eo quod certo loco, cum summario, I. 203.
Actio exercitoria, I. 215. *b.*
Actio *Faviana*, II. 226.
Actio hypothecaria seu pignoris individua est, II. 22.
Actio institoria, et collatio ejus cum exercitoria, I. 220.
Actio de in rem verso, et quid veniat in eam, et quando competat, I. 229.
Actio et exceptio judicati, II. 261. *a.* et 305. *a.*
Actio de peculio quando sit annalis, I. 228. *a.*
Actio protutelæ, II. 119. *a.*
Actio quanti seu quanto minoris, et in quibus conveniat, et in quibus differat ab actione redhibitoria, II. 28. *a.*
Actio quod metus causa, I. 58. *b.*
Actio redhibitoria late exposita, II. 26. *b.* et *seqq.*
Actio rerum amotarum, II. 90. *a.*
Actio viæ receptæ, I. 138. *b.*
Actiones commodati directa et contraria, I. 207. *b.* Quæ veniant in contrariam, *ibid.* 208. *a.* An possit commodatarius loco illius uti jure retentionis, *ibid.* 209. *a.* Jus Hispanum, *ibid. b.*
Actiones empti et venditi late expositæ, I. 308.
Actiones depositi directa et contraria, I. 243. *b.*
Actiones hæreditariæ ipso jure dividuntur inter hæredes, I. 142. *b.* et II. 22.
Actiones locati et conducti, I. 315. *a.* et 318. *b.*
Actiones pigneratitia directa et contraria, cum summario, I. 210. *a.*
Actiones populares, II. 338.

Digitized by Google

Actiones sequestrariæ, I. 247. *b.*
Actiones aliæ quæ ex variis delictis, et causis minus frecuentibus descendunt in propriis titulis exponuntur.
Actionum concursus, II. 311.
Addictio obærati ex veteri jure Romanorum, II. 264. *a.*
Aditio hæreditatis est modus adquirendi dominium, sed non possessionem, II. 141. *a* et alia quæ pertinent ad adquirendam vel omittendam hæreditatem, *ibid.* 140.
Adfirmatores qui sint; et quod vicem fidejussorum sustineant, II. 123. *a.*
Adsessores qui sint; et nova lex Hispana de eis, I. 10.
Administratio tutorum et curatorum: vide de ea summarium, II. 103.
Ædilitium edictum late exponitur, II. 22. Jus Hispanum in hoc argumento, *ibid.* 29. *b.*
Agnoscere liberos tenetur pater; et quomodo in hoc est procedendum, II. 91. *b.*
Aleatores, et lusores, cum summario eorum quæ ad illos pertinent, I. 161.
Alienatio rerum eorum qui sub tutela vel cura sunt quando permissa sit, et quomodo; et quando non, II. 126. Jus Hispanum, *ibid.* 130. *b.*
Alimenta quid contineant quando de eis transigitur; et quid quando legantur; et quandiu et quomodo debeantur alimenta legata, I. 44. *a*: et II. 161. *b.* Qui et quibus teneantur ea præstare ratione sanguinis, pietatis, seu beneficentiæ, II. 93. *a* Jus Hispanum, *ibid.* 95. *b.* Alimentorum divisio in ea quæ debentur officio Judicis, et illa quæ debentur jure actionis, cum differentiis quæ inter utraque noscuntur, II. 163. *a.* De alimentis, quæ in Hispania dantur successoribus majoratuum, *ibid.* 164. *a.*
Anatocismus quid sit, et ejus prohibitio, II. 45. *b.*
Annonæ crimen, II. 360.
Annuum legatum quid sit, et interdum tacite relinquitur, II. 152.
Apocha et antapocha quid sint, II. 58. *a.*
Appellatio cum summariis eorum quæ ad hoc argumentum spectant, II. 383. 388. 392. 394. 395. 397. et 399.
Apostoli quid sint, et quando petendi et dandi, II. 397. Jus Hispanum, *ibid.* 398.
Aqua quotidiana quænam, et quæ æstiva: et quid juris sit de eis ducendis, II. 288.
Arbitri qui sint, cum summario eorum quæ ad illos spectant, I. 80.
Auctoritas unius tutoris sufficit ad negotia pupilli, etsi plures fuerint dati: et quod tutor non debet cogi, ut auctor fiat, II. 108.

B

Bonorum possessiones cur introductæ: quid sint: variæ earum species, II. 201. *b.*

C

Cadavera damnatorum concedun-

Digitized by Google

tur ad sepulturam si petantur, II. 383.
Capio mortis causa quid sit, et in quo differat à donatione, II. 255.
Carbonianum edictum, II. 217.
Carcer quid; et quod privati carcerem habere nequeunt, II. 346. *b.*
Castrensis peculii quænam esse dicantur, II. 407.
Catoniana regula, II. 171.
Causa petendi alia proxima, alia remota; et quænam exprimenda in libello, I. 34. *a.*
Causa quid sit in argumento de usuris, II. 47. *b.*
Cautionum genera, I. 28.
Cautio *damni infecti*, II. 239. *b.* = *judicatum solvi*, II. 319. = *legatorum vel fideicommissorum nomine*, II. 198. = *ratam rem dominum habiturum*, II. 319. = *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, II. 318. = *Si cui plus quam per legem Falcidiam licet legatum esse dicatur*, II. 190.
Cedere diem: et venire diem quid significent, I. 128. *a.*
Census, cum summario locupletissimo eorum quæ ad hoc argumentum spectant, I. 322.
Cessio bonorum quid sit, cum summario eorum quæ ad eam pertinent, II. 264.
Citatio quid sit, ejusque species, I. 24. *b.*
Clausula salutaris dicta quid sit, ejusque inutilitas, I. 34. *b.*
Cognitiones extraordinariæ quæ dicantur, I. 91. *a.*
Collatio, cum summario eorum quæ ad eam pertinent, II. 206. et de collatione dotis, 214.
Collegia et corpora illicita, eorumque pœna, I. 54. *a.* et II. 338.
Commissi pœna, II. 252. *b.*
Communi dividundo judicium, cum summario eorum quæ ad illud spectant, I. 148.
Comparatio litterarum constituit semiplenam probationem, II. 53. *b.*
Compensatio quid sit, cum summario, I. 237.
Compromissum quid sit, I. 81. *b.*
Concubinæ quænam dicantur in jure Romano: et quænam in Sacra Scriptura, II. 98.
Concussionis crimen, et pœna, II. 330.
Conditio *causa data; causa non secuta*, I. 185. = *Ex lege*, I. 201. = *furtiva*, I. 198. = *indebiti*, I. 194. = *ob turpem causam*, I. 190. = *sine causa*, I. 197. = *triticiaria*, I. 201.
Conditio. De hoc argumento habes summarium plura complectens, II. 136. et alterum, *ibid.* 179.
Conditio *si sine liberis decesserit* late exposita, II. 195.
Confessi, cum summario eorum quæ ad illos pertinent, II. 162.
Constitutum possessorium quid sit: II. 257.
Continentia causæ quid sit, ejusque effectus, I. 158. *a.*
Creditorum privilegia, II. 270. Jus Hispanum, *ibid.* 271.
Creditum quotupliciter accipitur, I. 175.
Curator bonorum, II. 273.
Custodia et exhibitio reorum,

Digitized by Google

cum summario eorum quæ ad illam spectant, II. 346.

D

Damnatorum bona, cum summario eorum quæ ea respiciunt, II. 378.
Damnum infectum quid sit, cum summario, eorum quæ ad illud pertinent: II. 239.
Decuriones, cum summario rerum pertinentium ad eos, II. 413.
Deliberandi jure pendente, quænam fieri possint, II. 140.
Delictum quid sit, ejusque divisio in publicum et privatum, II. 320.
Dies fatales, II. 394. *b.*
Dilationes quid sint, et earum species, atque effectus, I. 30. *b.* Jus Hispanum, *ibid.* 31. *b.*
Divortium et repudium quomodo differant inter se, II. 85.
Dolus quid sit et quotuplex, I. 59.
Domicilium quomodo constituatur, II. 410. *b.* Jus Hispanum, *ibid.* 412.
Donare qui possint: et de immoderatis donationibus, II. 254.
Donatio et capio mortis causa in quo differant, II. 255.
Donatio inter virum et uxorem, cum summario eorum quæ ad illam pertinent, II. 81.
Dos, cum summario eorum quæ pertinent ad eam, II. 72.

E

Edere quid sit, cum summario eorum quæ ad hoc argumentum spectant, I. 32.
Effractores et expilatores, cum summario eorum quæ ad illos pertinent, II. 334.
Evictio, cum summario eorum quæ spectant ad illam, II. 30.
Exceptio, cum summario plurium scitu dignorum, II. 302.
Exceptio *doli mali et metus*, cum summario, II. 308. = *rei litigiosæ*, cum summario, *ibid.* 310. = *rei judicatæ* cum summario, *ibid.* 305.
Expilatæ hæreditatis crimen ejusque pœna, II. 335.
Extraordinarium crimen quid sit, ejusque nonnullæ species, II. 328.

F

Falsum quid sit, II. 357. *a.*
Familia si furtum fecerit quid juris est, II. 323.
Familiæ erciscundæ judicium, cum summario eorum, quorum in illo habetur ratio, I. 140.
Feminæ maritorum conditionem sequuntur, quod in viduis servatur etiam, donec viro alterius conditionis non nupserint: et speciale in Hispania, I. 9.
Feriæ quid sint, et earum species, I. 30.
Fictio juris quid sit, II. 56. *a.*
Fidejussores tutorum et curatorum quæ habeant singularia. II. 122.
Finium regundorum judicium, cum summario eorum quæ ad illud pertinent, I. 136.
Fiscus quid sit, ejusque jura et privilegia, cum summario, II. 403.

Digitized by Google

Fœnus nauticum, cum summario, II. 5c.
Funerum sumptus et actio funeraria, I. 168. *b.*
Forum quid sit, et quod actor sequitur forum rei: et quodnam sit competens, I. 98.

G

Glans quid sit, et interdictum de ea legenda, II. 299.

H

Hæreditatis petitio, cum summario eorum quæ de illa scire oportet, I. 112. Et quomodo pars hæreditatis petenda, *ibid.* 119.
Honor quid sit, et quomodo differat à munere, II. 417. *a.*
Hypothecæ privilegiariæ quæ sint, II. 16.

I

Ignorantia quomodo differat ab errore: et de ignorantia juris et facti, cum summario, II. 68.
Immunitas quid sit, ejusque species, II. 423.
Impensæ quæ sint necessariæ, quæ utiles, et quæ voluptariæ, II. 88.
Incendiariorum pœna, II. 354. Jus Hispanum, *ibid.* 355. *b.*
Incola quis sit, II. 410. *a*: et collatio incolarum cum municipibus, *ibid.* 411.
In jus vocatio quid sit, et quomodo olim fiebat; et in quibus differebat à citatione, cum summario, I. 23.
Indigni, cum summario eorum quæ de ipsis quæri solent, II. 175.
Instrumenta, cum summario eorum quæ ad illa pertinent, II. 57.
Interdicta plurima, II. *a.* 275. ad 302. in toto lib. XLIII. singula expressa inveniens in indice titulorum ejusdem libri.
Interrogationes in jure faciendæ, I. 154.
Interpretationis legum tres species expositæ, I. 5.

J

Jactus lapilli modus est nunciandi novum opus, II. 236. *b.*
Judicia, cum amplo summario eorum quæ ad illa pertinent, I. 87.
Julianus Jurisconsultus artifex fuit edicti perpetui, I. 3. *b.*
Jurisdictio quid sit, et quotuplex, cum longo summario eorum quæ ad eam pertinent, I. 11.
Jusjurandum voluntarium, necessarium et judiciale, cum summario illorum quæ ad ea pertinent, I. 177.
Jusjurandum in litem, cum summario eorum quæ de illo quæruntur, I. 182.

L

Legatum *alimentorum*, seu *victus*, II. 161. = *annuum*, *ibid.* 152. = *argenti vel auri*, *mundi*, *ornamentorum*, *unguentorum*, *vestimentorum*, et *statuarum*, *ibid.* 165. = *cibario-*

Digitized by Google

rum vel *diariorum*, *ibidem*, 162. *a.*=*dotis*, *ibid.* 154.=*fundi instructi* vel *cum instrumento*, *ibid.* 157.=*liberationis*, *ibidem*, 168.=*penus*, *ibid.* 159.=*supellectilis*, *ibid.* 159.=*tritici*, *vini* et *olei*, *ibidem*, 156.=usus, ususfructus, reditus, habitationis et operarum, *ibidem*, 153.

Legatorum ademptio et translatio, II. 169.

Legatorum servandorum causa quando caveatur, II. 198. Et quando ob non præstitam cautionem mittuntur legatarii in possessionem, *ibid.* 199.

Lex *Cornel. de falsis*, II. 357.=*de sicariis* et *beneficiis*, *ibid.* 351.

Lex *Julia majestatis*, II. 348.=*repetundarum*, *ibid.* 358.=*de vi privata*, *ibid.* 350.=*de vi publica*, *ibid.* 349.

Lex *Pompeja de parricidiis*, II. 356.

Libellus quid sit; et quænam requirantur ut rite ordinetur, I. 33.

M

Magistratus qui tutores dederunt quando conveniri possunt, cum summario, II. 124.

Mater tenetur petere tutores filiis suis, et qua pœna plectatur si non petierit; et quando ei ignoscitur si id non præstiterit. II. 101. Jus Hispanum, *ibid.* 102.

Metus quid sit, I. 57. *b.*

Mensor si falsum modum dixerit cum summario, I. 165.

Militum missio triplex, honesta, causaria, ignominiosa, II. 407. *b.*

Missio in possessionem ex quibus causis fit, II. 267.

Mora quid sit, et quod potest fieri vel ex re, vel ex persona; ejusque effectus, II. 47. *b.* cum *seqq.*

Municipes qui sint, et collatio eorum cum incolis, cum summario eorum quæ ad utrosque pertinent, II. 408.

Municipium quid sit, II. 408. *b.*

Munus quid sit et quotuplex, cum summario eorum quæ de illis oportet scire, II. 416.

Mutuum qui prohibentur dare, et accipere: et quid dicendum quando Magistratus mutuam pecuniam accipiunt, I. 176. *b.*

N

Novi operis nunciatio, cum summario eorum quæ ad eam spectant, II. 234.

Nundinæ quid sint, cum summario, II. 428.

O

Obsequium quod parentibus et patronis debetur, II. 222.

Opera publica quæ sint, et quid in eis servandum, II. 427.

Operæ servorum in quibus differant ab usufructu et usu, I. 131.

Operarum divisio in officiales et fabriles seu artificiales; et quomodo debeant liberti eas patronis præstare, II. 223.

P

Pactum cum summario eorum

Digitized by Google

quæ ad hoc argumentum pertinent, I. 35.
Parricidii crimen, ejusque pœna, II. 356.
Partus qui contra formam generis humani nascuntur, homines non sunt, I. 7. *a.*
Paterfamilias quis dicatur, I. 8.
Patronatus jus quid sit; et quomodo adquiratur et amittatur, II. 222.
Pignus seu hypotheca quid sit, ejusque divisiones, cum summario plurium quæ pertinent ad hoc argumentum; II. 3. In quibus rebus tacite contrahitur, *ibid.* 9. Quæ res pignori obligari nequeunt, *ibidem* 12. Qui potiores in pignore habeantur, et de his quibus priorum locum succedunt, *ibid.* 14. De distractione pignorum, *ibid.* 18. Et quibus modis pignus solvitur, *ibid.* 19.
Pollicitatio quid sit, ejusque effectus, II. 429.
Pœna, et quæ ad hoc argumentum pertinent, II. 375.
Postulare quid sit, cum summario eorum quæ ad postulationem pertinent, I. 45.
Præscriptio quid sit in genere, et quid in specie, II. 305. *b.*
Præscriptiones temporales recensentur, *ibid.* 307.
Præsumptio quid sit, et quotuplex, II. 55.
Prævaricari quid sit, et de prævaricatorum pœna, II. 331.
Præcarium quid sit, ejusque effectus, II. 296.
Probatio, cum summario eorum quæ ad illam pertinent. II. 52.
Procurator quid sit, cum summario eorum, quæ ad eum attinent, I. 50.
Protutor quis dicatur, et quæ ad eum pertineant, II. 119.
Proxeneta quis sit, et de ejus honorario seu proxenetico, II. 431.
Pubertas ordinaria quo anno contingat; et quo plena, I. 7. *b.*
Publica judicia, II. 339.
Publicanus quis dicatur, et quæ ad eum spectant, II. 249.
Pupillus ubi educari debeat, et quæ alimenta ei sint præstanda, II. 110.

Q

Quæstiones quid sint, et quæ ad illas pertinent, II. 369.
Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat, II. 196.
Quando dies ususfructus legati cedat, I. 228.

R

Raptus virginum qua pœna puniatur, II. 350. *b.*
Receptatores qui sint; qua pœna plectantur, II. 333.
Rei vindicatio, cum summario eorum quæ ad illam pertinent, I. 121.
Relatio quid sit, II. 387. *a.*
Remedium notoriæ injustitiæ in Hispania, II. 391. *b.*
Repudium quid sit, ejusque cum divortio collatio, II. 85.
Res amotæ quæ dicantur, et de earum actione, II. 89.
Restitutio damnatorum quid sit, et quotuplex, II. 382.
Restitutio in integrum quid sit,

Digitized by Google

ejus species, et causæ quæ ei locum faciunt, I. 57. Quæ competat ob gestum metus causa, *ibid.* Quæ ob gesta dolo malo, *ibid.* 59. Quæ minoribus XXV. annis latæ exponitur, *ibid.* 61. Quæ olim dabatur capite minutis, *ibid.* 76. Quando detur majoribus XXV. an. *ibid.* Quando ob alienationem judicii mutandi causa, *ibid.* 79.

Retractus quid sit et quotuplex, cum longo summario eorum quæ ad illum pertinent, I. 289.

S

Senatusconsultum *Claudianum* de occiso domino, II. 148. = *Libonianum* de falsis, *ibid.* 358. = *Macedonianum* prohibens mutuam pecuniam dari filiisfam. I. 225. = *Orficianum*, quod detulit filiis successionem matris, II. 233. = Plancianum de agnoscendo partu, II. 91. *b.* = aliud de eodem sub Hadriano, *ibid.* 92. *b.* = Silanianum de occiso domino, *ibid.* 148. = *Tertyllianum*, alias *Tertullianum*, quod matri successionem filiorum detulit, *ibid.* 233. = *Trebellianum* de restituenda hæreditate, *ibid.* 192. = Turpillianum adversus tergiversatores, *ibid.* 362. = *b.*

Sententia quid et quotuplex sit, cum summario eorum quæ ad eam pertinent, II. 258.

Separatio bonorum cui competat, cum eis quæ ad eam spectant, II. 272.

Sepulchri violati crimen, ejusque pœna, II. 329.

Servus *corruptus* quis dicatur, et de actione servi corrupti, I. 159. *Fugitivus* quis sit, *ibid.* 160. *Erro* quis dicatur, *ibid.* 161. *a.*

Sicarii qui dicantur, eorumque pœna, cum summario, II. 351.

Societas legalis inter conjuges, cum summario eorum quæ ad illam spectant, I. 254.

Solutio, cum summario, II. 315.

Statuliberi qui sint; et quæ eorum conditio, II. 256. *b.*

Stellionatus crimen, et ejus pœna, II. 336.

Supplicatio quid sit; et collatio ejus cum apellatione, II. 388. *b.* Jus Hispanum de prima et de secunda supplicatione, *ibid.* 389. et *seqq.*

Syngrapha quid sit, II. 58. *a.*

T

Tergiversatio quid sit; et de pœnis tergiversatorum, II. 362. *b.*

Terminus quid erat apud Romanos, I. 138. *a.* Termini moti crimen et pœna, II. 336.

Testamentum non jure factum seu injustum quodnam dicatur, et quodnam nullum, et in quo differant, II. 134.

Testamentum quemadmodum aperiatur, cum summario eorum quæ pertinent ad ejus aperturam, II. 143.

Testes, cum summario eorum quæ ad ipsos spectant, II. 60.

Tignum junctum; et actio quæ ejus nomine datur, II. 321.

Tormentum sive tortura, vide Quæstio.

Turba quid sit, ejusque pœna, II. 326. *b.*

Digitized by Google

Tutor falsus si auctor fuerit, læso locum facit ad restitutionem in integrum, cum aliis quæ ad hoc argumentum spectant, II. 120.

Tutorem petere qui teneantur, cum summario pertinentium ad hoc argumentum, II. 100.

V

Vocatio et excusatio munerum, cum summario eorum quæ pertinent ad hoc argumentum, II. 417.

Vectigalia quid sint, cum summario eorum quæ ad illa spectant, II. 249.

Veneficorum pœna, II. 353. Jus Hispanum, *ibib.* 355. *b.*

Venter quomodo in possessionem mititur, cum summario eorum quæ ad hoc argumentum spectant, II. 215. Quomodo puniantur mulierum fraudes in hac missione, *ibid.* 96. et 97.

Venter regulariter sumitur pro muliere prægnante; et aliquando pro posthumo, II. 216. *a.*

Ventri inspiciendo, et custodiendo partu, quando fit locus, II. 95.

Veteranus quis sit, et ejus privilegia, II. 407.

Vis quid sit, I. 58. *a.*

Vis privata, ejusque pœna, II. 350. Publica et ejus pœna, ac ejus collatio cum vi armata, *ibid.* 349.

Vitia et morbi mancipiorum et jumentorum quæ indicanda. II. 24.

U

Universitas quid sit, cum summario eorum quæ ad illam spectant, I. 54.

Usura quid sit et ejus species, cum summario eorum quæ ad illam spectant, II. 41.

Uxor quibus modis olim in manum mariti conveniebat, et hujus effectus, II. 71. *b.*

Digitized by Google

DIGESTI
ROMANO-HISPANI
PARS PRIMA.

LIBER PRIMUS.

TITULUS PRIMUS.

DE JUSTITIA ET JURE (1).

De argumento *hujus tituli* satis egimus in *tit. 1. et 2. lib. 1. nostrarum Institutionum Romano Hispanarum*, ubi quae huc pertinent videri poterunt.

TITULUS SECUNDUS.

DE ORIGINE JURIS, ET OMNIUM MAGISTRATUUM, ET SUCCESSIONE PRUDENTUM.

1 *Triplex Romanorum status, et Reges, quos habuerunt.*
2 *Primus status sub Regibus.*
3 *Secundus status.*
4 *Tertius status.*
5 *De Magistratibus.*
6 *De Prudentibus.*
7 *Juris Hispani origo.*

1 Regiminum genera quae Populus Romanus subiit, brevi oportet recensere calamo triplicem statum distinguendo, ut juris civilis origo, de qua *hic* agitur, clarius innotescat. Urbem Romam à principio habuere Reges septem per annos 244 scilicet *Romulus* ejus fundator, *Numma Pompilius*, *Tullus Hastilius*, *Ancus Martius*, *Tarquinius Priscus*, *Servius Tullius*, *Tarquinius*, vulgo *Superbus*, qui ob crudelitatem, et illatum à filio ejus Lucretiæ castissimæ matronæ stu-

(1) Tit. Part. 3.

Digitized by Google

prum, una cum tota familia urbe exactus.

2 Primus itaque populi Romani status sub Regibus fuit. In eo, ut ait Pomponius in *l. 2. §. 1. hoc tit.* imprimis populus sine lege certa, sine jure certo agere instituit, omniaque manu à Regibus gubernabantur, non utique violenta, sed ad instar arbitri, ut merito ex Justino exponit Gothof. in *gl. d. §. 1.* Postea aucta civitate, divisoque populo in 30 partes, quæ appellatæ sunt *Curiæ*, ipse Romulus sequentesque Reges leges quasdam Curiatas ad eundem tulerunt. Has in unum librum collegit Papirius, qui *jus civile Papirianum* appellatur: non quia Papirius de suo quidquam ibi adjecit: sed quod leges sine ordine latas in unum composuit, *d. l. 2. §. 2.*

3 Secundus status fuit sub Consulibus. Nam exactis lege Tribunicia Regibus, creati sunt ineunte anno urbis conditæ 245 bini annui Consules, qui prioribus annis eamdem auctoritatem potestatemque habuerunt ac olim Reges, ut si à vocabulo, numero, ac diuturnitate discesseris, nihil omnino de regio imperio deminutum videretur, Liv. *lib. 2. cap. 1.* Ea tempestate omnes leges exoleverunt; iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine ali, quam per legem latam, ut narrat Pomp. *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Consulum auctoritati multum offecit potestas Tribunorum Plebis, aliorumque Magistratuum non multo post creatorum. Hacque occasione libertas inter perpetuas fere Optimatum Plebisque discordias fluctuavit, neutra parte alteri potestatem ferendi leges concedente. Deinde anno U. C. 300 tres viri (non decem, ut Pomponius scribit in *d. l. 2. §. 4.*) *Sp.* seu *Publius Posthumius Albus*, *Aulus Manlius*, et *Servilius Sulpicius Camerinus* in Græciam misi fuere, per quos leges à Græcis civitatibus peterentur: hisque reversis, constituti sunt Decemviri summa cum potestate, per quos civitas fundaretur legibus, Liv. *lib. 3. cap. 51 et seqq.* Dionis. Halicar. *lib. 10. prope finem*, qui illas in 10 Tabulas retulerunt: cumque postea animadversum fuisset, aliquid iis deesse, alias duas adjecerunt, atque ita latæ et appellatæ celeberrimæ Leges XII. Tab. In hoc statu plurimæ leges, et plebiscita prodiere eo modo, quo id exposuimus in *Institutionibus lib. 1. tit. 2. §. 4.* Duravit autem status iste usque ad annum U. C. 706 quo Julius Cæsar perpetuam dictaturam, atque adeo tyrannidem sibi vindicavit, vel si mavis, usque ad annum U. C. 723. ante Christum 31, quo, extincto Antonio, Octavianus Cæsar Augustus liberam plenamque Monarchiam adeptus est.

4 Tertius denique status sub Imperatoribus fuit, vere Monarchicus. Licet enim Augustus à *Regis* nomine abstinuit, et sub vocabulo Principis Consulem se ferens, simulavit potestates seu jure Tribunitio ad tuendam plebem se esse contentum; tamen omnia majestatis jura, nullo adversante ad se traxit, Tacit. *lib. 1.*

Digitized by Google

annal in pr. Sane ejus tempore latæ fuerunt veteri ritu *leges Juliæ*, *Ælia Sentia*, *aliæque plures;* imo et plebiscitum, quod scilicet *lex Falcidia* dicitur: cæterum hoc sagax Princeps populo reliquit, ut crederet, illum tyrannidem prorsus aversari. Similia sunt quæ de senatusconsultis diximus in *Instit. lib. 1. tit. 2. §. 5.* Hujus tertii status tres periodos distinguere oportet, quarum prima est ab Augusto ad Hadrianum; altera ab hoc ad Constantinum; postrema ab hoc ad Justinianum. Ad 1. vulgo referunt jurisprudentiam *antiquam*; ad 2. *mediam*; et ad 3. *novam*, Heinnec. *hoc. tit.* §. 45. atque ad eumdem statum pertinent celeberrimum edictum perpetuum, jussu Hadriani à Juliano Jurisconsulto ordinatum, plurimisque aliorum insignium Jurisc. commentariis illustratum, è quibus magna *Pandectarum* pars suppleta, et Principum constitutiones, de quibus *infr. in tit. 4. huj. lib.*

5 Hucusque de origine juris: nunc de Magistratibus agendum brevissime. *Magistratus* nomen vel ad res refertur, et officium denotat, ut cum de aliquo dicimus, magistratum gerit, *l. 13. §. ult. ad Senat. Trebel.* cum *simil.* vel ad personas, ut in *hoc. tit.* et significatur eo: *Persona publica, quæ jurisdictioni præst.* Magistratus apud Romanos, alii erant ordinarii, extraordinarii alii: rursus vel erant majores vel minores: et denique vel urbani vel provinciales, de quorum plerisque singulares tituli habentur *inf. hoc lib.* Ipsos recensere, eorumque officia excutere, Hispano Jurisconsulto inutile.

6 Prudentum nomine, de quibus postrema *hujus tit.* pars, Jurisconsulti veniunt, id est: *Qui jus proficentur legum ac morum, ad respondendum atque interpretandum periti.* Juris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt. Inter eos celebres fuerunt *Tiberius*, *Coruncanius*, qui primus publice profiteri cœpit, uterque *Cato* pater et filius, *P. Mucius*, *Brutus*, et *Manilius*, qui jus civile fundaverunt; *Q. Mucius*, P. filius, qui illud in 18. libros redegit. Maximæ quoque auctoritatis fuere duo illa pacis decora *Atejus Capito*, et *Antistius Labeo*, qui primi diversas sectas constituerunt. Horum aliorumque similium longam seriem habemus apud Pomponium in famosa *laudata l. 2.* Celeberrimi quoque fuere posteriore ætate *Salvius Julianus* edicti perpetui artifex, *Cajus*, *Marcellus*, *Papinianus* juris asylum et doctrinæ legalis thesaurus dictus, *Ulpianus*, *Paulus*, aliique plures legum *Pandectarum* auctores. Qui plura de argumento *hujus tituli* desideret, adeat juris civilis Historiographos.

7 "Hispanarum legum origo "à Regibus Gothis, sub sæculo "xræ christianæ v. repetenda cum "antiquiorum nusquam mentio"nem inveniamus: neque ullius "Codicis eas complectentis, ve"tustioris eo qui sæculo VII pro"mulgatus sub titulo: *Forum* si"ve *Liber Judicum.* De eo cæ"terisque qui eum sunt secuti,

»vide quæ dicimus in *præm.* »*nostr. Inst. à num. 14.* et Castr. »in *lib. cui titulus*: Discursos »críticos sobre las leyes, *tom. 1.* »*libr. 1. disc. 4.*

TITULUS TERTIUS.

DE LEGIBUS, SENATUSCONSULTIS, ET LONGA CONSUETUDINE.

Cod. lib. 1. tit. 14. (1).

1 *Agitur hic de lege late sumpta.*
2 *Quis possit legem condere: et quod leges regulariter respiciunt tantum negotia futura, sed non semper.*
3 *Feruntur leges de iis quæ frequenter accidunt: et quid agendum in casibus non expressis.*
4, 5, *et* 6 *Variæ interpretationes legis.*
7 *Quando lex obliget.*
8 *Virtus et effectus legis.*

1 Quia de legibus stricte sumptis, quatenus nempe certam speciem juris civilis constituunt; de senatusconsultis deque longa consuetudine satis actum in *Instit. tit. de jur. natur. gent. et civ.* §§. *4. 5. et 9.* et omnia fere quæ in *hoc tit.* traduntur, ad legem late acceptam, quæ omnes juris scripti species continet, speotant; idcirco de hac duntaxat nobis *hic* erit sermo.

2 Lex ita sumpta est: *Commune præceptum summi imperantis, omnes ei subjectos, ipsorum bono, ad parendum obstringens* (2). Solum igitur qui summa potestate pollet, leges condere potest (3). Et cum leges constringant hominum vitas, *l. leges 9. C. hoc tit.* eisque præscribant quid faciendum, quidve fugiendum sit, consequens est futuris dare formam negotiis, et non ad facta præterita revocari, *l. 7. eod.* (4). Interdum tamen leges in præteritum tempus vim suam extendunt (5), ut putà si nihil novi inducant, sed jus vetus declarent, confirmentve, *novel. 19. in præfat.* Quin etiam verba legis quandoque expresse ad præteritum referuntur, et adhuc pendentibus negotiis cavent, *d. l. 7. l. Sancimus 22. in fine C. de sacros. Eccl.* (6)

(1) Tit. 1. Part. 1. Tit. 1. lib. 2. Recop.
(2) L. 4. tit. 1. Part. 1.
(3) L. 12. eod.
(4) L. 15. tit. 14. Part. 3. arg. l. 6. tit. 2. lib. 2. Recop.
(5) L. 6. tit. 1. lib. 2. Recop.
(6) D. l. 6. l. pen. cum seq. tit. 15. lib. 5. Recop. l. 1. tit. 16. d. lib. 5.

Digitized by Google

rebus vero per transactiones, vel sententias sopitis præjudicium non faciunt, *l. un. in fine C. de contrac. Jnd.* (1).

3 Feruntur leges de iis quæ utplurimum et non perraro contingunt, nam quod semel aut bis existit, præterire solent Legislatores, *ll. 3. 4. 5. 6. hoc tit.* (2). Neque leges ita scribi possunt ut omnes casus qui quandoque inciderint, comprehendantur: sed sufficit ea quæ plerumque accidunt, contineri, *l. 10. eod.* (3). Quare dum casus lege non expressus evenerit, aut Principis constitutione, aut interpretatione, res expedienda erit, *l. 11. eod.*

4 Constitutio Principis desideratur quoties inter æquitatem et legem jus videtur fluctuare; vel in legibus aliquid latum ita fortassis obscurum appareat, ut à Principe patefieri oporteat, et legum duritiam emendari, *ll. 1. 9. et 12. C. hoc tit.* (4): quæ constitutio etiam interpretatio in laudatis legibus apellatur, et Interpretes eam sub nomine *Authentica*, ab aliis interpretationibus secernunt.

5 Interpretatio non authentica, seu quæ à Principe non venit, vel *usualis* est, vel *doctrinalis*. *Usualem* DD. eam appellant, quæ usu seu consuetudine introducta est: hucque pertinet quod dicitur in *l. si de interpretatione 37. hoc tit.* (5) optimam scilicet legis interpretem esse consuetudinem: quæ interpretatio quam proxime priori accedat, nemo non videt.

6 *Doctrinalis* interpretatio illa vocari solet, quæ fit per Judices vel Jurisconsultos: et consistit in vera et congrua voluntatis Legislatoris expositione; locumque habet cum legis verba non ita sunt obscura, quin mens ejus argumentando sat clare educi possit, *l. non possunt 12.* cum *seq. eod.* Ut hæc recte procedat verba legis probe consideranda, atque ideo tota lex perlegenda; incivile enim est, ut ait Celsus in *l. 24. eod.* nisi tota lege perspecta judicare vel respondere. Nec verbis tantum legis inhærendum, sed et in mentem Legislatoris; ac rationem legis inquirendum: quia scire leges non est verba earum tenere, sed vim et potestatem, et benignius interpretandæ sunt, quo voluntas earum servetur, ut belle idem Celsus in *l. 17.* cum *seq. eod.* (6). Hæc denique interpretatio dividi solet in *declarativam*, *extensivam* et *restrictivam*. Extensivæ loculentum exemplum habemus in *tit. Inst. de legit. patron. tut.* Et tandem animadvertendum est, priores leges per posteriores interpretandas quando contrariæ non sunt: si enim contrariæ fuerint, illæ his cedent, *l. non est 26. l. 28. eod.* (7).

7 Obligat lex simul atque

(1) Arg. d. l. 6.
(2) Reg. 36. tit. 34. P. 7.
(3) D. reg. 36.
(4) L. 14. tit. 1. P. 1. l. 2. tit. 1. P. 2. v. *E otro*, l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.
(5) L. 6. tit. 2. P. 1. v. *Otrosí.*
(6) L. 13. tit. 1. P. 1.
(7) L. 19. tit. 1. P. 1. l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.

Digitized by Google

promulgata est, *d. l. 9. tit. C. hoc tit.* (1), non demum post duos menses, ut quidam volunt ex male intellecta *nov. 66.* Nisi certum tempus nominatim lege comprehensum sit, ex quo velit Legislator ut vim obligandi habeat, ut fit interdum.

8 Virtus seu effectus legis est imperare, vetare, permittere, punire, *l. legis 7. hoc tit.* (2). Sed et hic legis effectus est, ut si quid contra legem fiat, sit ipso jure nullum, *l. non est dubium 5. C. hoc tit.* Nisi legislator actum subsistere patiatur, poenam duntaxat irrogans. Contra legem autem facit non tantum qui id facit quod lex expresse prohibet; sed etiam qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit: qui in specie fraudem legi facere dicitur, *l. contra 29. l. 30. hoc tit.*

TITULUS QUARTUS.

DE CONSTITUTIONIBUS PRINCIPUM.

Cod. lib. 1. tit 14.

Pro argumenti *hujus tit.* illustratione sufficiunt ea quæ diximus in *tit. præced.* et *in §. 6. Inst. de jur. nat. gent. et civ.*

TITULUS QUINTUS.

DE STATU HOMINUM (3).

1 *Methodus.*
2 *Quid et quotuplex sit status hominum.*
3, 4, 5, *et* 6 *Divisiones hominum secundum statum naturalem.*
7 *De statu civili remissive.*

1 *Præcedentibus titulis* actum de jure constituente: in *hoc* et *seqq.* de jure constituto, initio facto ab eo quod ad primum juris objectum spectat.

2 Hominum status est: *Qualitas seu conditio, cujus ratione homines diversis juribus utuntur* (4). Et cum hæc qualitas vel à natura sit, vel ab instituto hominum, recte status hominis dividitur in naturalem et civilem.

(1) L. 2. tit. 1. lib. 2. Recop. l. 20. tit. 1. P. 1.

(2) L. 1. tit. 1. lib. 2. Recop. *ubi* pro *punir*, videtur legendum *permitir*.

(3) Tit. 23. P. 4.

(4) L. 1. tit. 23. P. 4.

Digitized by Google

3 Secundum statum *naturalem* homines sunt vel nascituri seu nondum editi, qui et *ventres* dicuntur, *l. ventre 84. de adq. vel om. hær.* vel nati seu editi. De illis merito receptum humanum axioma: *Qui in utero est, eum de jure seu commodo ipsius agitur, pro jam nato habetur, l. qui in utero 7. hoc tit. l. quod 231. de verb. sign.* (1): quod tamen procedit, dummodo postea vivus nascatur, *l. cum 30. §. 1. de adq. vel om. hær.* (2).

4 Monstra, id est: *Partus qui contra formam humani generis nascuntur*, homines non sunt, *l. non sunt 14. hoc tit.* (3). Hi vero qui membrorum humanorum officia ampliarunt, veluti si quis natus fuerit tribus manibus aut pedibus, hominibus accensendi, *d. l. 14.* (4). Tam hi, quam illi *ostenti* nomine veniunt, quia ostentorum duo sunt genera, *l. ostentum 38. de verb. sign.*

5 Nascuntur homines vel masculi, vel feminæ: et quamvis in dubio juribus iisdem utantur, *l. maximum 4. C. de lib. præt.* quia tamen leges attemperari solent circunstantiis, quæ ut plurimum in rebus humanis observantur, et regulare sit ut sexus masculinus, femininum prudentia, animique constantia excellat, axioma receptum est: *Ratione dignitatis mares; ratione eorum quæ fragilitas sexus excusat feminæ melioris conditionis sunt.* Hinc soli mares capaces officiorum civilium vel publicorum, *l. 2. de div. reg. jur.* et feminis aliquando non nocet juris ignorantia, *l. regula 9. de jur. et fac. ign.* hucque referendæ aliæ plurimæ differentiæ, quæ inter mares et feminas observantur in jure. Hermaphroditi seu Androgyni ejus sexus censendi, qui in eis prævalet, *l. quæritur 10. hoc tit.*

6 Homines nati vel majores sunt 25. annis, vel minores. Minores vel puberes sunt, vel impuberes. Regularis et ordinaria pubertas contingit in masculis anno 14. completo, in feminis anno 12. *pr. Instit. quib. mod. tut. fin.* plena vero in viris anno 18. in puellis anno 14. §. 4. *Inst. de adopt. l. Mela 14. §. 1. de alim. legat.* Impuberes usque ad annum 7. completum dicuntur *infantes*: reliquum tempus ad pubertatem usque ordinariam in duas partes æquales dividitur; et qui intra primam consistunt, appellantur *infantiæ proximi*; qui in secunda *proximi pubertati.*

7 Quod ad statum civilem attinet, dividuntur homines in liberos et servos: de qua divisione, aliis quæ eam sequuntur: deque juribus hac de causa constituti plene actum in *tit. Instit. de jur. pers. pluribusque seqq.*

(1) L. 3. tit. 23. P. 4.
(2) L. 8. tit. 33. P. 7.
(3) L. 5. d. tit. 23. d. l. 8. tit. 33. P. 7.
(4) D. l. 5.

TITULUS SEXTUS.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

1 Cum omnes servi in potestate sint dominorum, omnes alieni sunt juris: ex liberis vero quidam sui, quidam alieni. Qui sui juris sunt, uno nomine appellantur *patresfamilias*, etsi pupilli sint, *l. pronunciatio 195. §. 2. de ver. sing.* eoque nihil aliud significatur quam: *Homines liberi sub patria potestate non existentes.* E contrario homines liberi alieni juris dicuntur *filiifamilias*: et sunt: *Qui sub patria potestate existunt.*

2 De potestatibus dominica, patria et cæteris quæ ad *hunc titulum* pertinere possunt, satis actum in *Instit. à tit. 8. lib. 1.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE ADOPTIONIBUS ET EMANCIPATIONIBUS, ET ALIIS MODIS QUIBUS POTESTAS SOLVITUR.

Etiam quæ spectant ad *hunc titulum* satis tractata sunt in *Institut. lib. 1. titul. 11. et 12.*

TITULUS OCTAVUS.

DE DIVISIONE RERUM, ET QUALITATE.

Neque de argumento *hujus tituli* quidquam addendum iis, quæ tractantur in *Institut. lib. 2. tit. 1.*

TITULUS NONUS.

DE SENATORIBUS.

1 *Methodus.*

2 *et* 3 *Unde veniant nomina* Senatores et senatus, *et quid erat senatus Romanus.*

Digitized by Google

4 *Quinam participant dignitatem Senatoris.*
5 *Jus Hispanum.*

1 Actum est in *titt. præcedd.* de personis et rebus: *hic et seqq.* usque ad finem *lib. 1.* ad actiones respiciunt, quia de Magistratibus seu Judicibus agunt, coram quibus actiones instituendæ.

2 Senatores à senatu dicti: senatus vero appellatus quia è senioribus constabat, Ovid. *lib. 5. Fast. v. 63 et seq.*

Nec nisi post annos patuit tunc curia seros,
Nomen et ætatis mite Senatus *erat.*

3 Senatus Romanus erat *Consilium publicum, cui jus erat sententiam dicere de re publica.* Quomodo senatusconsulta species juris scripti fuerint, habes in §. 5. *Instit. de jur. nat. gent. et civ.* qui numerum, ornatum Senatorum, ac cætera quæ ad eos spectant, nosse desideret; adeat Brisson. *antiq. lib. 3. cap. 6.* Forster. *histor. jur. civ. lib. 2. cap. 83.* Manutium, Hotoman. Nostrum institutum nobis *hic* ex spatiari non sinit; sed tantum breviter quæ sequuntur tradere.

4 Senatoris dignitatem seu claritudinem participant, nedum filii ejus, filiæque ac nepotes ex filiis, sed etiam uxor: quia feminæ nuptæ clarissimis personis, clarissimarum personarum appellatione continentur: feminis enim dignitatem clarissimam mariti tribuunt, *l. feminæ 8. hoc tit.* Verbum autem *clarissimis* in *hac lege* large sumitur, ut idem significet ac *nobilibus*, ut monet *ibi* Glossa. Cum ergo nuptæ feminæ maritorum claritudinem et conditionem sequantur, filia Senatoris, et quæ ejus uxor fuit, clarissimæ personæ esse desinent, quamdiu viro inferioris conditionis nupserint, *d. l. 8.* (1): mortuo autem hoc viro, plebeja manebit illa, quæ prius Senatoris fuerat uxor, cum jus ipsi per priorem maritum tributum, per secundas nuptias fuerit penitus abscissum: quod contrà est in Senatoris filia, quia cum hæc à patre claritudinem hauriat, sublato marito, nihil ei obstat quominus nobilis censeatur (2). Ex iis invaluisse videtur mos, ut possint viduæ per famulos peritos exercere idem illud artificium, quod maritus vivus exercebat, non vero si alteri nubant. Voet *hoc tit. n. 5.*

5 »In Hispania plurium ar»tificiorum statutis probatus erat »mos quem modo meminimus *n.* »*præced.* Sed lege lata an. 1784. »generaliter feminis concessum est »ut possint occupari in quocum»que opificio decori et viribus se»xus congruente: et insuper ins»tante regio commercii et mone»tæ concilio, declaravit jussitque »Rex an. 1789. ut queant con»servari in exercitio suarum ta»bernarum ac officinarum (*tien»das y obradores*), feminæ quæ »mortuo priori marito artificii »alicujus gradu insignito, alteri »non insignito nupserint: expres»se derogans omnibus contrariis »artificiorum statutis.

(1) L. 9. tit. 11. lib. 2. Recop.

(2) D. l. 9.

Digitized by Google

TITULUS DECIMUS,

DE OFFICIO CONSULIS.

Quæ *titulo isto et reliquis hujus lib.* traduntur, nullum in nostra Hispania usum habent, cum in ea officia de quibus agitur, sint incognita. Excipe duntaxat duos ultimos titulos, nimirum XXI et XXII quorum in illo agitur *de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, et in hoc *de officio Adsessorum.* Quia vero *tit. 1. lib. 2. de jurisdictione* est, opportunum putamus, et *illic* tractare de jurisdictione mandata. Quare pro *huj. lib.* complemento, pauca tantum dicemus de ejus *ult. tit.*

TITULUS UNDECIMUS,

DE OFFICIO ADSESSORUM (1).

1 *In quo consistat officium Adsessorum.*
2 *In Hispania non semper tenetur Judex concilium Adsessoris sequi, attento Part. jure.*
3 *Lex nova exponitur.*
4 *Taxata est facultas recusandi Adsessores.*

1 Adsessores, de quibus in *hoc tit.* sunt: *Jurisperiti jus dicentibus in consilium adhibiti in rebus quæ ad jus dicendum spectant, l. 1. hoc tit.* Hinc patet eorum officium in consulendis Magistratibus sive Judicibus consistere. Non itaque poterunt sine Judicibus jus dicere, *l. pen. C. de adsessor. et domest.* sed tantum eis adsidere, ipsorum imperitiam supplendo, seu personam integrando. Unde si Adsessoris imprudentia seu imperitia jus aliter quam oportuit dictum sit, non debet hoc Magistratui officere, sed ipsi Adsessori, *l. 2. quod quisque jur* (2).

2 »In Hispania *l. 2. tit. 21. »P. 3.* statuit, Judices seu Ma»gistratus teneri consilium Ad»sessoris sequi eo duntaxat casu, »quo justum esse crediderint, ibi: »*Si entendieren que es bueno.* At»que inde manavit Tribunalium »superiorum mos, ut simul cum »Adsessore puniant etiam Judi»cem laicum qui ipsum adhibuit.

3 »Cæterum ad amputanda »dubia quæ in hoc argumento »tribunalia torquebant, novissimè »lata lex est hoc ipso anno 1793. »quo hæc scribimus, quæ ita dis-

(1) Tit. 21. P. 3.
(2) L. 3. tit. 21. P. 3. et vide quæ dicimus infra in jure Hispano.

»tinguit inter Judices laicos, qui»bus Rex certum habet designa»tum Adsessorem, et eos qui il»lum pro libito suo sibi eligunt, »ut illos, qui prioris sunt generis, »numquam oneret iniqua senten»tia, sed Adsessorem duntaxat: »ipsi autem nullo modo queant »Adsessorem diversum ab eo, qui »ipsis designatus est, adsumere: »si tamen aliquando putaverint »justas adesse rationes, quæ eis »impedimento sint quominus Ad»sessoris judicio acquiescant, pos»sint sententiam differre, et Ju»dices superiores consulere, fun»damenta quæ habuerit expri»mentes, atque ipsa ad eosdem »mittentes. Judices vero secundi »generis immunes quoque relin»quat prava sententia, solo Ad»sessore oneratu: nisi probatum »fuerit in hujus electione et ju»dicio collusionem fraudemve in»tercesisse. Generaliter itaque lex »ista sancit, solos Adsessores te»neri ex sententia injusta, non »autem Judices laicos, qui eo»rum consilio judicaverunt, ca»sum tantummodo collusionis »fraudisve excipiens: in quo utros»que reos esse utpote delicti »participes, res ipsa dicta.

4 »Facultas autem recusandi »Adsessores, quam *d. l.* 2. liti»gatoribus concedit, taxata est »lege edita anno 1766. ut nempe »cuilibet eorum liceat tres et non »amplius recusare."

LIBER II.

TITULUS PRIMUS.

DE JURISDICTIONE (1).

1 *Ratio ordinis, et in quibus consistat Magistratuum potestas.*

2 *Quando sumitur jurisdictio strictè, et quando latè.*

3, 4, 5 *et* 6 *Optima definitio jurisdictionis latè sumptæ, ejusque explicatio.*

7 *Omni jurisdictioni cohæret aliquod imperium: item quid et quotuplex sit imperium, et quomodo cohæreat seu insit jurisdictioni, usque ad n.* 16.

16, 17, 18, 19 *et* 32. *Explicantur variæ jurisdictionis species.*

20 *et* 21 *Quis possit jurisdictionem mandare.*

22, 23 *et* 24 *Quibus possit mandari jurisdictio, et quænam. Item ratio illius axiomatis:* Ea quæ speciali lege concedunt, mandari non possunt, *et ejusdem exceptio.*

25 *Mandata jurisdictione intelligitur mandatum mixtum imperium.*

26 *et* 27 *Quibus modis finitur*

(1) Titi 1 lib. 4. Recop.

jurisdictio mandata.

28, 29, 30 *et* 31 *De jurisdictione prorogata.*

33 *Nonnumquam tribuitur imperio quod est jurisdictionis, et vice versa: et nonnulli hæc confundunt.*

34, 35, 36, 37, 38 *et* 39 *Jus Hispanum.*

1 Cum hactenus egisset Justinianus de Magistratibus, eorumque officiis, merito subjungit de potestate ipsorum, quæ in jurisdictione et imperio consistit, tractatum, qui difficilis est et subtilis: quia mirè variant DD. in explicanda jurisdictione, eaque cum imperio conferenda, ut ostendit Vinnius in *tractat. de jurisdict. cap. 5. nn. 3. et 5.*

2 Jurisdictio duobus modis accipitur. Primo modo strictè pro ea potestate, quam quisque Magistratus ex natura officii habet, id est, propter quam ab initio creatus est. Sic quæ Prætor habet ut Prætor, insuper habita omni adventitia concessione, ipsi competunt ex natura sui officii vel magistratus, seu, quod idem est, vi jurisdictionis strictè sumptæ. Secundo modo latè, ut ea quoque comprehendat quæ lege speciali Magistratui postea concessa sunt: quia hac concessione, tanquam accessione quadam, officium magistratus augetur, ejusque jurisdictio fit plenior. Juxta priorem acceptionem dixit Ulp. in *l. muto 6. §. 2. de tutel.* jus dandi tutores non esse jurisdictionis: erit autem, si jurisdictio largè sumatur, *§. 4. Institut. de Attil. tut. et alibi.*

3 In hac lata significatione accepta jurisdictio variè à DD. definitur. Optima vero definitio erit sub his verbis: *Potestas de causis tum civilibus, tum criminalibus juris dicendi, publicè data aut permissa.* Non addimus, ut plerique volunt, *et sententiam exsequendi:* quia potestas exsequendi sententiam non pertinet ad jurisdictionem nudè sumptam, sed ad imperium, ut clariùs ex postea dicendis apparebit.

4 Verbis *juris dicendi* excluduntur Judices pedanei: quia cum hi de facti veritate duntaxat cognoscant et inquirant, juris autem definitionem ex formula præscripta mutuentur, vix est, ut ipsi jus dicere videantur. Et aliàs multum interest inter jus dicere et judicare, *l. voluit 4. §. 1. de inter. in jur. fac.* et *tit. C. ne quis in sua ca. jud. vel jus dicat.* Et ideo notioni quam habent Judices pedanei, non cohæret mixtum imperium, etsi ut omni jurisdictioni cohæreat necessarium sit.

5 Dicitur *de causis tum civilibus, tum criminalibus:* quia quin jurisdictio etiam de causis criminalibus rectè dicatur, etsi aliqui negent, non videtur dubitandum, *l. 1. de offic. ejus cui mand. est jurisdict. l. si in aliam 7. §. ult. junct. l. 8. de offic. Procons.* (1).

6 Dicitur etiam *publice da-*

(1) L. 1. l. 2. tit. 11. lib. 4. Recop.

Digitized by Google

ta aut permissa ad excludendos arbitros compromissarios, qui quidem de causis controversis etiam cognoscunt, et sententias pronunciant, sed privata tantum conventione constituuntur: privati autem jurisdictionem alicui tribuere nequeunt, *l. privatorum 3. C. hoc tit.* (1). Præter verbum *data* additur *permissa*, ut comprehendatur jurisdictio mandata, quæ immediate jure publico non datur, sed permittitur, concessa ab iis qui jurisdictionem à populo, aut Principe acceperunt, *l. et quia 6. hoc tit.* eodem modo quo tutelæ testamentaria et dativa permissæ dicuntur, *l. 1. de test. tutel.* eademque propemodum ratione jurisdictio prorogata definitione continebitur.

7 Omni jurisdictioni, juxta suam naturam, cohæret seu inest jus exequendi sententiam, seu constringendi, corrigendi aut puniendi eos qui cum ipsi sint subjecti, ei non obtemperant: quod jus dicitur imperium, et nihil est aliud quam: *Potestas armata.* Hoc imperium duplex est, merum scilicet, vel mixtum. *Merum imperium*, definitore Ulpiano in *lib. 3. hoc tit.* est: *Jus gladii ad animadvertendum* (in) *facinorosos homines* (2): in qua locutione allegoria est: nec enim de materiali gladio, sed de jure puniendi facinorosos pœna gladii, de qua Paul. *5. sentent. 17.* §. 2. hoc intelligendum est: eeu patet ex *l. illicitas 6.* §. *8. de offic. Præst.* ut rectè notavit Gothof. in *d. l. 3.* Verbum *gladii* exempli duntaxat causa positum est: quare perfectior erit definitio, si post illud addideris, *vel alterius cujusque gravioris coercitionis* ex *l. nemo 70. de div. reg. jur.* et *l. solent 6. de offic. Procons.* (3). Nihil enim aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, ut ostendit Vin. in *tract. de Jurisd.* cap. 1. *n. 5.*

8 Imperium istud necessario cohæret jurisdictioni criminali, seu potius pars ejus extrema est, quatenus causæ criminales sola sententiæ dictione terminari non possunt, nec crimina sine executione coerceri (4). Quod diversimode se habet in imperio mixto quod ad jurisdictionem civilem. Nam in causis civilibus imperium mixtum venit accessoriè, atque extrinsecus adsumitur propter contumaces non obedientes sententiis Judicum: quippe in his causis jurisdictio tota posita est in cognitione et sententia, cujus tuendæ et exequendæ gratia imperium mixtum comparatum est. Hinc mixtum imperium, quamvis necessario etiam cohæreat jurisdictioni civili, pars ejus dici nequit, si propriè loquamur: de quo infra fusius.

9 Cur *merum imperium* ita appelletur, non una est Doctorum sententia. Qui illud omnino separant à jurisdictione, ut

(1) D. l. 2. tit. 1. l. 4. Recop. l. 1. tit. 9. lib. 3. eod.
(2) L. 18. tit. 4. P. 3.
(3) D. l. 18. tit. 4. P. 3.
(4) L. 15. eod.

Digitized by Google

Vinn. in *laudato cap. 1. n. 4.* volunt ita dici, quia purum et per se solum est, alterius rei mixturam non habens; oppositive nimirum ad imperium mixtum, quod à jurisdictione inseparabile, tanquam ipsi necessario cohærens, ut omnes fatentur, plurimæque evincunt leges. Sed nobis, qui merum imperium partem jurisdictionis criminalis facimus, magis arridet opinio Westemb. *hoc tit. §. 12. et duobus seqq.* et Noodt. *lib. 1. de jurisdict. et imper. cap. 4.* existimantium hoc imperium appellari *merum*, quia vehemens, summum, seu excellens. Ad ultionem enim lacsæ disciplinæ publicæ pertinet, et severitatem Judicis ac vim requirit: in eoque præcipuum quoddam jus potestatis elucet. Idem Westemb. *ibi sup. §. 11.* dum hoc merum imperium appellat etiam sub nomine *jurisdictio criminalis*, nomen totius parti accommodat per synecdochem. Itaque pars prima jurisdictionis criminalis stat in potestate juris dicendi de causis criminalibus: secunda et ultima in potestate exequendi sententias: quam ita intime criminalis jurisdictio includit, per ea quæ diximus *num. præced.* ut potius sit dicendum, illam esse hujus partem, quam ei cohærere.

10 De hoc mero imperio dicitur *in l. 1. de offic. ejus cui mand. est jurisd. et alibi*, nulli competere nisi cui lege speciali concessum est, atque ideo mandata jurisdictione non transire: quod quam habeat rationem *infra* videbimus agentes de jurisdictione mandata.

11 Quod attinet ad *mixtum imperium*, ita appellatum, si credimus Westembergio *hoc tit. §. 21.* quia lenius, neque tam vehemens et excellens quam *merum*, poterit definiri cum Vin. in *tract. de jurisdict. cap. 7. Potestas cohærens jurisdictioni, comparata ad eam tuendam atque explicandam*, vel brevius: *Modica coercitio.* Dicitur *modica coercitio*, oppositive ad gravem animadversionem, in qua consistit imperium merum. Nimirum propter improbitatem hominum contumacium et non obedientium sententiis Magistratuum in causis civilibus, necesse fuit portionem aliquam de imperio decerpere, et jungere jurisdictioni, ut Magistratus hac potestate armatus, jurisdictionem suam defendere, et quæ decrevit executioni mandare possit, cæteraque facere, sine quibus jurisdictio foret elusoria; ut optime, prout solet Vin. *ubi sup.* Unde hæc ad verbum transtulimus.

12 De eo dicimus cum communi DD. sententia, ipsum distinctum esse à jurisdictione civili, de qua dubitari poterat: tum propterea quod in *l. 1. §. 1. de offic. ejus cui mandata est jurisd.* dicitur cohærere jurisdictioni et in *l. ult. §. 1. eod.* mandata jurisdictione videri illud mandari: tum etiam propter alias plurimas leges, quæ id evincunt, et congerit Voet *hoc tit. n. 43. et seq.* idemque suadent quæ diximus *sup. n. 8.*

Digitized by Google

13 Licet autem mixtum imperium distinctum sit à jurisdictione, si strictè loqui volumus, ei tamen nexu tam firmo cohæret, ut separari inter se mutuo non possint, et jurisdictio sine modica coercitione nulla sit, *d. l. ult.* §. 1. Et cum imperium mixtum distinguatur à jurisdictione, consequens est, ut utriusque actus inter se sint distincti, ut neque quod jurisdictionis est, imperio, neque quod imperii, jurisdictioni tribui debeat. Sic causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jubere, actus sunt jurisdictionis, non imperii: sententiam vero, decreta, statuta seu jussa exequi, sive manu militari, sive captis pignoribus, aut indicta multa ad imperium pertinent; uti etiam jubere in carcerem ire in causa pecuniaria, per *l. 2. de in jus voc.* Præcedit igitur actus jurisdictionis, quem sequitur actus imperii, si ei quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non parcatur.

14 Ex dictis apparet, mixtum imperium distingui à mero, quia illud est modica coercitio tuendæ civilis jurisdictionis causa concessa: hoc gravis animadversio in reos criminum ad jurisdictionem criminalem spectans. Quia vero quorumdam coercitionum species modicæ esse possunt vel graves, et à Judice sive civiliter, sive criminaliter cognoscente procedere, rectè notavit Scip. Gentil. *lib. 3. de jurisd. cap. 10.* post Zas. in *l. 4. hoc tit. n. 47.* eas et mixto, et mero imperio esse communes, qualis est mulctæ dictio.

15 Quamvis autem nullus Magistratus seu Judex esse possit sine aliquo imperio, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat quod statuit aut decrevit, non est tamen necesse, ut quisque Magistratus partes omnes imperii habeat, seu plenam jurisdictionem. Sic Præses Provinciæ jus gladii, et in metallum damnandi habuit, *l. illicitas 6. §. pen. de offic. Præsid.* deportandi vero in insulam ei datum non est, *l. inter 6. §. 1. de interd. et releg.* Ita argumentum de majori ad minus hic non procedit, ut notant DD. in *l. non debet 21. de div. reg. jur.*

16 His prælibatis varias jurisdictionis species recenseamus. Dividitur primo jurisdictio in ordinariam et extraordinariam. *Ordinaria* illa dicitur: *Quæ jure magistratus competit*, id est, quæ jure ordinario à majoribus recepto, officio magistratus inest. *Extraordinaria* è converso illa est: *Quæ non jure ordinario competit, sed speciali lege concessa est*: qualis est tutoris datio, *l. 6. §. 2. de tutel.* Itaque jurisdictio ordinaria idem est ac jurisdictio strictè sumpta; et extraordinaria eadem latè accepta, prout id exposuimus *sup. n. 2.* Hanc divisionem plene probat Ulp. dum in *l. si in aliam 7. §. ult. de off. Proc.* ait de Proconsule, ad eum pertinere omnium partes, qui Romæ vel *quasi Magistratus*, vel *extra ordinem jus dicunt*.

17 Dividitur secundo jubi-

dictio in *voluntariam* et *contentiosam*. Voluntaria illa vocatur: *Quæ inter volentes, in iis quæ geruntur extra judicium, exercetur.* Ad ea pertinent manumissio, adoptio, cæteraque similia. Contentiosa appellatur: *Quæ inter invitos et litigantes explicatur.* Illa exerceri potest in causis propriis, *l. 3. l. 4. de adopt.* de plano et quocumque loco, *l. emancipari 36. eod. §. 2. Instit. de libertin.* etiam diebus feriatis, *l. actus 8. C. de fer.* et extra territorium proprium, *d. l. 36. §. 1. l. 2. de off. Procons.* Quæ omnia è contrario se habent in *contentiosa*, *l. qui 10. l. ult. hoc tit. l. pen. de just. et jur. l. 2. l. 7. l. 8. C. de fer.* (1).

18 Tutoris datio intermedium quoddam jurisdictionis genus est: quia quatenus sine judicii contentione exercetur, ad *voluntariam* pertinent; et ad *contentiosam* videtur spectare, qua parte in invitos explicatur, cum tutela publicum munus sit, *pr. Institut. de excus. tutor.* Alia hujus medii generis exempla recenset Voet *hoc tit. n. 4.* Quæ alia ad jurisdictionem *voluntariam* refert Vinnius in *tract. de jurisd. cap. 6. n. 6.*, ubi duas istius jurisdictionis species facit, unam eorum quæ nullam causæ cognitionem desiderant; alteram illorum quæ sine causæ cognitione non fiunt. Heinneccius et Westemberg. in *hoc tit.* hanc ultimam speciem ad jurisdictionem *contentiosam* videntur rejicere, dum in *voluntariæ* definitione hæc verba adjiciunt: *sine causæ cognitione.* Nobis sententia Voet clarior et expeditior videtur, nihilque grave ei objici posse. Ea retenta poterit hæc divisio, docendi gratia, fieri in tria membra, addendo *jurisdictionem mediam* inter utramque relatam.

19 Dividitur tertio in *propriam, mandatam et prorogatam*: quæ divisio omnium celeberrima. Sed quia hæc tertia rarior est, solet ista divisio in duo tantum membra fieri, et prima species nedum appellari *propria*, sed etiam *ordinaria*; secunda vero *mandata* seu *delegata*. Unde frequentissimè dividuntur Judices in ordinarios et delegatos (2). Propria jurisdictio ea est: *Quæ alicui competit proprio jure et nomine, non aliena beneficio, l. more majorum 5. hoc tit.* Hanc habent nedum Magistratus ordinarii juris dicundi causa constituti; sed etiam qui ad eundem finem extra ordinem constituuntur. Mandata jurisdictio illa dicitur: *Quam quis jussu ac nomine mandantis et propriam habentis, exercet, l. 1. §. 1. l. 3. de off. ej. cui mand. est jurisd. l. solet 16. hoc tit* (3). Dum hoc contingit, qui jurisdictionem mandat, eam non amittit: quia mandare jurisdictio-

(1) L. 7. tit. 4. P. 3. v. *E. ann. deben.* L. 10. eod. l. 34. tit. 2. eod.

(2) Tit. 9. lib. 3. Recop. l. 1. cum plurib. al. tit. 4. P. 3.

(3) L. 19. d. tit. 4.

nem non est officio se privare, et illud in alium transferre, *l. Legatus 20. de off. Præs.* sed jurisdictionem suam alteri exercendam committere, *d. l. 16. hoc tit.* (1). *Prorogata* denique jurisdictio est illa: *Quæ voluntate partium extra terminos suos exercetur*, *l. 1. l. 2. in pr. et §. 2. de judic.* Hanc jurisdictionem privati quodammodo tribuunt: quatenus cum cujusque jurisdictio suis terminis circumscripta sit, extra eos sine prorogatione exerceri nequit: quo respiciens dixit in *l. ult. hoc tit.* Jurisc. Paulus: *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* (2). Cæterum quod de mandata jurisdictione traditur in *l. et quia 6. hoc tit.* eam scilicet principaliter non dari aut deferri à lege; sed mandatam lege confirmari, hoc etiam dicendum de prorogata *d. l. 2.* et haud dubie ideo, quia ad lites facilius expediendas multum confert.

20 Expositis breviter notionibus jurisdictionum *propriæ*, *mandatæ et prorogatæ*, ea circa *mandatam et prorogatam*, quæ sunt scitu dignitissima, quia usu frequentissima, breviter etiam percurramus. Et quod ad primam attinet, is duntaxat potest jurisdictionem mandare, qui eam suo jure, non alieno beneficio habet, id est, Judex ordinarius qui habet propriam, *d. l. 5. hoc tit.* (3), et ut dixit Paul. *in l. ult. de off. ej. cui mand. est jur. Mandatam sibi jurisdictionem mandari alteri non posse, manifestum est.* Ratio hujus est: quia mandata jurisdictio mandantis est, non ejus cui mandatur: nemo autem potest rem alienam alteri utendam dare.

21 Hinc vulgatum illud: *Delegatus subdelegare non potest*: cujus regulæ exceptiones aliquot recensentur ab aliquibus; sed quæ natæ sunt ex errore confundentium delegationem jurisdictionis cum datione Judicum pedaneorum adeò nota et frecuente ante constitutionem Diocl. et Max. in *l. 2. C. de pedan. jud.* ut exposuimus in *Inst. tit. de act. in pr.* Una sane exceptio est, quod delegatus Principis subdelegare potest, *l. un. C. qui pro sua jurisd. l. à judice 5. C. de jud.* (4). Nec mirum, quia jurisdictio quam habet delegatus Principis, nomine tenus *mandata* est; revera *propria*; quia *propria* est, quam lex defert, *l. 6. hoc tit.* voluntas autem Principis lex est *l. 1. de const. Princ. §. 6. Inst. de jur. nat. gent. et civ.* Undè non tam hæc est exceptio regulæ, quam ejusdem plenior expositio. Animadvertendum autem est, eos Judices ordinarios qui ad audiendas appellationes creati sunt, non posse suam jurisdictionem mandare, *auth.* Ad hæc *C. de jud.* (5).

22 Mandari potest jurisdictio et Magistratui, *l. 3. de offic. ej.*

(1) D. l. 19.
(2) L. 7. d. tit. 4. P. 3.
(3) L. 2. tit. 4. P. 3. l. 19. eod.
(4) D. l. 19. tit. 4. P. 3.
(5) D. l. 19.

Digitized by Google

cui mand. est jur. et privato, *l. ult.* §. 1. *eod.* Et poterit mandari aut universa, aut species aliqua, aut in certas personas. *d. l. 16.* cum *seq. hoc tit.* Non tamen poterit mandari jurisdictio quæcumque, sed tantum ordinaria, seu quæ jure magistratus competit; non ea quæ lege speciali tribuitur, *l. 1. de off. ej. cui mand. est jur.* et quia merum imperium lege datur mandari nequit, *d. l. 1.* §. 1. (1). Sed inquies, cum jurisdictio extraordinaria, seu speciali lege data, propria sit ejus cui conceditur, quia lex illi eam tribuit; ¿cur non poterit is eam mandare, ut modo de delegato Principis diximus? Quia nimirum ea fuisse creditur Legislatorum mens in specialibus hisce legibus statuendis. Et quidem ¿quis unquam existimavit, Populum Romanum qui ipsis Consulibus jus animadvertendi in caput civis Romani ademit, *l. 2. §§. 16. et 23. de orig. jur.* voluisse, ut Quæstores quibus hoc merum imperium tribuit, possent illud alteri mandare? Idqui ipsum de legibus Juliis idem imperium certis casibus, concedentibus, dicimus.

23 Itaque quia in primis urbis incunabulis nihil Magistratuum potestati lege speciali concessum animadvertimus, nisi merum imperium, quod maximi esse momenti, nemo non videt, atque idcirco ex mente concedentis nequit mandari: id in causa fuisse credimus, ut vice regulæ seu proverbii in posteros transierit. *Quæ speciali lege concedunur mandari non possunt.* Hæc est nostra opinio, nova forte, quam ut cætera quæ hic scribimus, sapientum judicio libenter subjicimus.

24 Quia verò præsumptio cedit veritati, quotiescumque apparuerit contrarias voluntas concedentis, merum imperium mandari poterit. Sic lege Julia de vi cautum, *ut is cui obtigerit exercitio* (merum imperium) *possit eam, si proficiscatur, mandare, l. 1. de off. ej. cui mand. est jur.* (2). Licet autem Papin. in *d. l. 1.* tantum meminerit causæ absentiæ, et quidem taxative, ibi: *Non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse cœperit*; tamen late et bene probat Voet. *hoc tit. n. 9.* ex *l. 1. §. 2. quod cujusque univ. nom. l. ult. de verb. sign.* aliisque, idem dicendum in casu diuturnioris infirmitatis, et *n. 10.* id. non restringendum ad publicum judicium de vi, ut etiam Vin. in *tract. de jur. et imp. cap. 3. num. 2.*

25 *Mixtum imperium* mandari posse, res est extra omnem dubitationem, imo et jurisdictione simpliciter mandata illud inteligi mandatum, *l. ult. §. 1. de off. ej. cui mand. est jur.* ubi et ratio: quia nempe *jurisdictio sine modica coercitione nulla est* et ut ait regula tradita à Javoras *inde quando.*

(1) L. 18. tit. 4. P. 3.
(2) L. 18. tit. 4. P. 3. v. *Fue-*

Digitized by Google

leno in *l. 2. hoc tit. Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest.*

26 *Mandata* jurisdictio iisdem fere finitur modis, quibus reliquarum rerum mandatum. Ex parte igitur mandantis finietur morte, et quidem ita, si nempe mandans decesserit, antequam res à mandatario geri cœperit, *d. l. 6. hoc tit.* id est, antequam præcesserit in jus vocatio, arg. *l. si quis 7. de jud.* (1): licet alii tunc demum rem geri cœptam interpretentur, cum lis est contestata. Revocatione quoque finitur per §. 9. *Inst. de man.* (2) *et arg. l. solent. 6. §. 1. de offi. Proc.* ubi tanquam speciale notatur, quod Proconsul, non nisi consulto Principe, jurisdictionem Legato mandatam revocare queat.

27 Ex parte mandatarii finitur etiam hujus morte, ut mandata cætera: quia industria personæ censetur electa. Undè si non personæ ut tali, sed ut certa dignitate seu officio pollenti, fuerit mandata jurisdictio, non finietur hoc modo: quia dignitas seu officium numquam moritur; et tunc personæ certæ non eligitur industria Successor ergo in dignitate eam habebit. Finietur etiam si mandatarius seu delegatus, majoris imperii, aut saltem æqualis seu ejusdem esse cœperit, cujus erat mandans, *l. judicium 58. de jud.* (3) Et denique ex parte causæ jurisdictio exspirat, lapso tempore ad quod fuerit mandata: uti etiam quæ ad certam causam delegata fuerat, fine negotio imposito.

28 De *prorogata* jurisdictione diximus *sup. n. 19.* privatorum voluntate exerceri, quod et expresse fieri potest, et tacite; undè prorogatio jurisdictionis alia est *expressa*, alia *tacita.* Prorogatio expressa illa dicitur: *Quæ fit expresso partium consensu Judicis aditione confirmato.* Dicimus *Judicis aditione confirmato*: quia si priusquam Judex adiretur, mutata voluntas fuerit, proculdubiò nemo tenebitur conventioni stare, ut ait Africanus in *l. si convenerit 18. hoc tit.* Tacita est: *Que fit tacito consensu partium*, id est, facto aliquo quod verum consensum prorogandi probet; ut putà si reus sciens Judicem esse incompetentem, coram eo litem contestatus sit, omissa fori exceptione, *l. si per errorem 15. hoc tit. l. 4. C. eod. l. 2. de judic.* (4); vel actor eum adiret, quo casu per recoeventionem, seu mutuam petitionem, jurisdictioni Judicis, quem adivit, licet aliàs sibi incompetenti, subjicitur. Quia ut optime dixit Justinianus in *l. cum 14. C. de sent. et interloc.* summi Papiniani doctrinam secutus: *Cujus* (actor) *in*

(1) L. 35. tit. 18. P. 3. de qua amplius agimus loquentes de jure Hispano.

(2) L. 21. d. tit. 4. P. 3.

(3) D. l. 21. tit. 4. P. 3.

(4) L. 32. tit. 2. P. 3. v. *La novena.*

Digitized by Google

agendo observat arbitrium eundem habere et contra se Judicem in eodem negotio non dedignetur (1); quod ideo provissum, ne causæ continentia dividatur, id est, eadem causa coram diversis Judicibus sit agenda, *l. nulli 10. C. de judic.* Hæc prorogatio *legalis* et *necessaria* dicitur, quia ex præscripto legis inducitur.

29 Prorogatio jurisdictionis duobus modis fit utiliter, de re scilicet ad rem (2), sive causa ad causam; et de persona ad personam. Prioris exemplum habemus in *l. de qua 74. §. 1. de judic.* ubi Julian. ait: *Judex qui usque ad certam summum judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat.* Sed animadvertendum hanc prorogationem duntaxat habere locum inter causas ejusdem generis. Unde qui civilibus tantum causis præest, ex prorogatione nequit cognoscere de criminalibus, *l. 1. C. ubi caus. fisc.* nec vice versa, *l. solemus 61. §. 1. de jud.* Carleval, *de jud. tit. 1. disp. 2. n. 1170.* Prorogatio de persona ad personam contingit: *Cum qui alicui Judici subjectus non est, in eum vel expresse vel tacite consentit, d. l. 15. d. l. 18. hoc tit. l. 2. de jud.* (3), atque ad hanc fere solum pertinet divisio prorogationis in expressam et tacitam. Dixi *alicui Judici*: quia is cujus jurisdictio prorogatur, aliam ante jurisdictionem habere debet, *l. 1. de jud.* Neque quod non est, prorogari potest, *l. sed 5. de precar.*

30 Adjiciunt vulgo duos alios prorogationis modos, nimirum, *de loco ad locum*, et *de tempore ad tempus.* Sed perperàm. Nam Magistratus seu judices omnes extra fines sui territorii sunt privati, *l. 3. de offic. Præs. l. ult. hoc tit.* privatis autem tribui jurisdicrio consensu partium non potest, *l. 1. de jud. l. 3. C. hoc tit.* Id ipsum obtinet in prorogatione de tempore ad tempus, *l. eum 13. §. 1. hoc tit.* Optime Vin. in *trat. de jurisd. et imp. cap. 10. à n. 9.*

31 Effectus jurisdictionis prorogatæ est, ut tantum juris Judex electus habeat in prorogantes, quantum haberet si jure ordinario ad jurisdictionem ejus pertinerent. Nam prorogata jurisdictio ejusdem efficitur naturæ, cujus est ordinaria; et hac finita, finietur quoque, idem Vin. *d. tract. cap. 11. n. ult.*

32 Dividitur denique jurisdictio in *civilem*, *militarem* de qua *l. 6. C. hoc tit.* et *totis tit. t. de off. civ. jud.* et *de off. milit. jud.* et *ecclesiasticam*, quam Justinianus *audientiam* apellat, *tit. C. de Episcop. audient.*

33 Finem *huic titulo* imponimus animadvertendo, quod cum adeò sint finitima *imperium* et

(1) D. l. 32. v. *La trecena*, l. 20. tit. 4. de P. 3.

(2) L. 20. tit. 4. P. 3.

(3) L. 32. tit. 2. P. 3. v. *La trecena.*

Digitized by Google

jurisdictio, in *pluribus ejusdem legibus* tribuitur imperio quod est jurisdictionis, seu dicitur *imperium*, quod alibi *jurisdictio*, et vice versa: undè nonnulli hæc confundunt cum Westemb. *hoc tit.* Gerar. Noodt qui lib. 1. *de jurisd. et imp. cap.* 2. *et seq.* acriter propugnat imperium idem significasse, ac jurisdictionem in Magistratibus Romanis. Quid nobis placeat supra habes.

34 »In Hispania, statutum »etiam habemus in *l.* 18. *tit.* 4. »*P.* 3. merum imperium mandari »non posse, nisi Judex cui com»petit, abfuerit, ut de jure Ro»manorum vidimus *sup. nn.* 22. »*et* 24. Requirit autem laudata »*lex* 18. ut juxta & necessaria »sit causa absentiæ; et insuper »taxationem adhibet, ut eo ca»su possit duntaxat delegatus de »causa cognoscere usque ad sen»tentiam, debeatque Judex or»dinarius reversus, inspectis iis »quæ curam delegato acta sunt, »sententiam ferre.

35 »Mandare quoque prohi»bet eadem *l.* 18. jus dandi tu»tores curatoresve, omnesque eas »causas in quibus agitur de re »valente ultra 300. aureos mara»vedisios; hocque casu duas li»mitationes probat, quando nem»pe tot causis ordinarius Judex »fuerit implicatus, ut omnibus »providere nequiret; vel Rex ei »commiteret rem propriam aut »publicam, quæ illum de litibus »tractare, non sineret; quibus »Greg. Lop. in *gl.* 7, *ejusd. l.* »tertiam addit, absentiæ nimirum »quam antea in mandando mero »imperio *ipsa lex* probavit. Pra»terea, *l.* 4. *tit.* 9. *lib.* 3. *Recop.* »generaliter prohibet Judicibus »ordinariis, ut totam jurisdictio»nem mandent, seu substitutum »quemquam sui constituant, ex»cepta, infirmitatis causa, aliis»que legitimæ absentiæ. Illud ve»ro receptum videmus, ut dum »hæ justæ causæ adsunt, ipsius »Judicis ordinarii Legatus seu »Vicarius (Teniente) si quis fue»rit, eoque non existente Decu»rio antiquior jurisdictionem ca»piens, ordinariam exerceant.

36 »Lex vero 19. *d. tit.* 4. »*P.* 3. delegatis à Judice ordina»rio permittit, ut possint subde»legare eas causas quæ prius an»te ipsos fuerint contestatæ, ad »differentiam delegatorum Prin»cipis, qui etiam non contestatas »coram eis, subdelegare valent.

37 »In celebri illa quæstio»ne, an scilicet jurisdictio dele»gata seu mandata durat post »mortem delegantis, si hæc con»tigerit citatione seu in jus voca»tione tantum facta, vel necesse »sit ut etiam præcesserit litis con»testatio, idem invenimus in His»panis legibus ac in jure cano»nico: quia sicut istud solam ci»tationem videtur exigere in *cap.* »*gratum* 20. ✠ *de offic. et po»test. Jud. deleg.* et litis contes»tationem requirere in *cap. re»latum* 19. *eod.* ita sola citatio»ne contenta esse videtur *lex* 85. »*tit.* 18. *P.* 3. et litis contesta»tionem desiderare, *l.* 21. *tit.* 4. »*d. P.* 3. quasi in *hac* transcrip»ta sit doctrina *laudati cap.* 19. »et in illa quæ traditur in *præd.*

Digitized by Google

» *cap.* 20. Ne ergo in legibus ejus-
» dem ævi contrarietatem admit-
» tamus, placet asserere *dictam*
» *l.* 21. quasi minus dixerit, plus
» voluerit, exponendam et tem-
» perandam per *laudatam legem*
» 35. proindeque sola citatione à
» delegato facta ante mortem de-
» legantis, illius jurisdictionem
» durare: quæ sententia est Greg.
» Lop. in *glos.* 5. *d. l.* 21.

38 » Quod prorogationem ve-
» ro jurisdictionis, *l.* 10. *tit.* 14.
» *lib.* 4. *Recop.* prohibet ne laicus
» alium conveniat laicum in jus
» eum vocando coram Judice Ec-
» clesiastico super debitis rebusve
» profanis ad Ecclesiam non per-
» tinentibus: jubens, ut qui con-
» tra fecerit, amittat ipso facto
» actionem quam habebat, hæcque
» reo acquiratur; ac iusuper per-
» dat etiam quodcumque officium
» quod in Hispania habuerit; et
» si non habeat, nullum amplius
» postmodum habere queat; sol-
» vatque decem mille maravedi-
» sios inter accusatorem et repara-
» tionem murorum oppidi, ubi id
» evenerit, æquis partibus divi-
» dendos. Præterea, *l.* 13. *eod.* lai-
» cum qui animo doloso defatigan-
» di suum adversarium, ei objicit
» exceptiones coram Judice sæcu-
» lari ut hunc declinet, et ad Ec-
» clesiasticum confugiat, punit,
» tamquam regiæ jurisdictionis
» violatorem, amissione cujuslibet
» officii, rationis, mercedis, exemp-
» tionisve, quas à Rege habue-
» rit, et omnium bonorum suo-
» rum publicatione.

39 » Et tandem omnibus no-
» tam est, plurimas apud nos esse
» jurisdictionis species, præter
» illas tres quas retulimus, *sup. n.*
» 32. agentes de jure Romano,
» quæ *privativæ* dici solent, ad
» differentiam generalis quæ sim-
» pliciter appellatur *ordinaria*. Eas
» recensere superfluum, quia ne-
» mini ignotæ."

TITULUS SECUNDUS.

QUOD QUISQUE JURIS IN ALTERUM STATUERIT, UT IPSE EODEM JURE UTATUR.

1 *Summa æquitas edicti de quo in* hoc titulo, *et illius causa.*

1 Subjicitur *hic titulus præcedenti*, quia edictum de quo in eo agitur ad jurisdictionem pertinet. Sententia edicti est: *Ut Magistratus qui quid nobi juris in aliquem statuerit, vel is qui apud Magistratum aliquid novi juris obtinuerit, quandoque postea, adversariis eorum postulantibus, eodem jure uteretur, et eodem jure adversus eos decerneretur, l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Hoc edictum summam habet æquitatem, ut dixit Ulp. in *eod. l.* 1. *in pr.* rationem reddens optimam, scilicet: *¿Quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici effecit?* Nan injuria non est pati quod prior feceris, Senec. *lib.* 2. *de ira, cap.* 30. et sua

Digitized by Google

quisque exempla æquo animo ferre debet, Phædr. *lib. 1. Fab. 26. v. ult.* Consonat summa alia juris naturalis regula: *Quod tibi non vis, alteri ne feceris*, Matth. *cap. 7. v. 12.* Luc. *cap. 6. v. 31.* Hujus edicti causa et occasio fuit, quod olim prætores per annum sæpe mutabant edicta, multaque nova statuebant in gratiam odiumve quorumdam hominum, Dio. *lib. 36. pag. 21.*

TITULUS TERTIUS.

SI QUIS JUS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

1 *Pœna non obtemperantis jus dicenti.*

1 Ad tuendam jurisdictionem edixit Pretor, ut si quis jus dicenti non obtemperaverit, id est, quod extremum in jurisdictione est non fecerit, seu sententiæ executioni restiterit, condemnetur quanti est res in judicium deducta. Et cum pœnale sit hoc judicium, nec post annum, nec in hæredes datur. Habentur hæc omnia *in l. un. hoc tit.* Et quia mere pœnale est, non impedit quominus præterea sententia auctoritate Judicis exequatur, ut bene advertit Heinnec. *hoc tit. v. 271.*

TITULUS QUARTUS.

DE IN JUS VOCANDO.

Cod. lib. 2. tit. 2. (1).

1 *Quid sit in jus vocare, et quo modo olim fiebat.*
2 *Qui prohibentur in totum vocari in jus; et qui sine venia.*
3 *Quæ fiebant post vocationem in jus, et differentiæ antiquæ inter eam et citationem.*
4 *Quid sit citatio, et quòd necessaria sit in omni judicio.*
5, 6 *et 7. Divisionis citationis.*
8 *Quænam requirantur, ut citatio legitime fiat.*
9 *Plures citationis effectus.*
10 *Jus Hispanum.*

1 Etiam *hic titulos* et *plerique seqq.* ad jurisdictionem spectant. In jus vocatio principium erat omnium actionum instituendarum, §. *ult. Inst. de pœnem. litig.* (2). Est autem in jus vocare, definitore Paulo in *l. 1. hoc tit. Juris experiundi causa vocare* (3), ad Deum scilicet

(1) Tit. 7. P. 3. tit. 3. lib. 4. Recop.

(2) Princ. tit. 7. P. 3.

(3) L. 1. d. tit. 7.

Digitized by Google

cet qui jusisdictioni præest. *Jus* autem *hic* significat locum ubi jus redditur. Olim ex l. XII. Tab. in jus vocatio actus privatus erat, ut acturus, adversario deprehenso, clamaret: *In jus veni*: *Sequere ad tribunal*, et ni confestim iret, vocantemque sequeretur, aut satis daret certo die affuturum, testibus adhibitis ducere eum, obtortoque, ut loquuntur, collo, in jus rapere posset, Plaut. in *Ruden. 3. 6. 15.* Horat. *1. satyr. 9. v. 77.* quod de vilibus duntaxat personis, et vadimonium deserentibus intelligimus, cum Bachov. ad *hunc tit.* Vin. in §. 12. *Inst. de act.* de aliis enim scribit Paul. in *l. 2. §. 1. si quis in jus voc. non ïer.* quod in jus vocati non ïerint, multandi sint.

2 Quia vero in jus vocatio ignominiosa videbatur, quædam personæ in totum vocari prohibebantur, quædam sine venia Prætoris. In totum Magistratus qui cum potestate erant, et omnes qui necessaria aliqua occupatione sive privata, sive publica, aut religiosa detinebantur, *l. 2.* cum *seqq. hoc tit.* sed hæc prohibitio temporalis erat, finitoque negotio exspirabat (1). Sine venia parentes cujuscumque gradus et sexus, et patroni patronnæve (2), eorumque ascendentes et descendentes, *l. quique 4. §. 1. et 2. hoc tit.* Idem dicimus de socero et socru: non tamen de vitrico et noverca, ut bene probat Voet. *hoc tit. nn. 8. et 9.*

3 Si in jus vocatione facta, reus sequebatur; in jure apud Prætorem summaria fiebat causæ expositio, et post litem contestatam Prætor judicem dabat pedaneum: qui deinceps partes citabat, et de causa cognoscebat. Hinc in jus vocationem sequebatur citatio: inter quam et in jus vocationem nonnullæ erant differentiæ, hæc enim fiebat privata auctoritate, ad Prætorem, ante litem contestatam, semel in tota causa, et solum reo; illa vero publica auctoritate, ad Judicem pedaneum, post litis contestationem, sæpius in causa, et nedum reo, sed et actori et testibus. Cæterum abrogato more dandi Judices pedaneos, *l. 2. C. de ped. jud.* in jus vocatio cum citatione confusa est.

4 Citatio itaque, quæ hodie sola obtinet, et in jus vocationem quæ ante litis contestationem fit, etiam comprehendit, est: *Legitima denuntiatio jussu Judicis facta, ut quis se coram Judice sistat* (3). Adeo necessaria est, ut si fuerit omissa, quæ in juditio fiunt, sint ipso jure nulla, *l. ea 7. C. quom. et quan. jud.* (4).

5 Dividitur citatio in *verbalem* et *realem*. *Verbalis* est: *Quæ fit vel voce, facta denuntiatione in faciem vocati vel scripto*, id est denuntiatione litteris consignata, et reo cum libello oblata. *Realis* contingit: *Cum vel ipse reus, vel ejus bona apprehenduntur ac detinentur.* Quæ, cum ab executione

(1) L. 2. tit. 7. P. 3.
(2) L. 4. eod.
(3) L. 1. tit. 7. P. 3.
(4) L. 12. tit. 22. P. 3.

Digitized by Google

initium litis non sit faciendum, *l. si cum 58. de re jud. l. 1. C. de excus. rei. jud.* regulariter locum non habet. Permissa tamen est in causis criminalibus gravioribus, *l. 3. de cust. et exhib. reor.* (1), et nonnumquam in civilibus, veluti si reus post trinam citationem contumax perseveret, *l. consentaneum 8. C. quom. et quand. jud.* vel de fuga sit suspectus, *l. 10. §. 16. quæ in fraud. cred.*

6 Citatio *verbalis* subdividitur in *ordinariam* et *extraordinariam.* Ordinaria est: *Cum ipse reus per nuncium seu apparitorem viva voce vel per litteras citatur.* Quo sui copiam non faciente, sufficit domum rei denunciari, id est, eos qui domi ejus reperiuntur citari, *l. 1. §. 1. de agn. et alen. lib.* (2). Extraordinaria, quæ etiam dicitur *publica*, vel *edictalis*, est: *Quæ fit vel voce præconis* (3), *vel per edictum publicis locis affixum, l. Divus 7. de in int. rest. novel. 112. cap. 3. in pr. vers. Juvemus.* Huic locus non est quando ordinaria fieri possit, *Clem. 1. de jud.*

7 Rursus dividitur citatio in *dilatoriam* et *peremptoriam.* Dilatoria est: *Cum quis simpliciter ad Judicem vocatur, et ulterior dilatio non negatur, l. ad peremptorium 68. l. 69. l. 70. de jud.* E contrario peremptoria est: *Cum quis ita vocatur, ut ulterior dilatio excludatur*: et hoc nomen sumpsit, quia disceptationem perimit, id est, ultra non patitur adversarium tergiversari, *d. l. 70.* cum *duab. seqq.* Et denique dividitur in *immediatam*, quæ fit nullo alterius Judicis auxilio interveniente, et *mediatam*, quæ auxilio alterius Judicis, in cujus scilicet territorio citandus existit, *l. à Divo 15. §. 1. de re jud. novel. 134. cap. 5.* junct. *l. ult. de jurisd.*

8 Ut citatio legitime fiat requirunt communiter DD. ut exprimantur nomen et cognomen Judicis citantis, arg. *l. si in Judicis 80. de Jud.* actoris, *cap. ult. ✠ de prescript.*, et rei, *cap. 2. de rescript. in 6.* uti etiam causa ob quam fit citatio, *cap. 2. ✠ de dilat.* locus, si distinctus fuerit ab ordinario, *l. si locus 59. de jud.* et tempus.

9 Effectus citationis varii sunt: I. citatum obstringit cogitque sistere judicio, *l. 2. si quis in jus voc. non ier. l. si quis de jud. novel. 112. cap. 3. vers. Jubemus* (4). II. inducit præventionem, *l. si quis 7. de jud. l. ult. C. hoc tit.* (5). III. interrumpit præscriptionem, *l. 2. l. 3. C. de annal. except. l. 7. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* (6). IV. in actionibus realibus rem facit litigiosam, illiusque alienatio irrita est, *auth.* Litigiosa *C. de litigios.* junct. *l. censemus 4. eod.* demptis causis alienationis in *ead. l.* permisis (7). V. perpetuat ju-

(1) L. 24. tit. 18. P. 3.
(2) L. 1. tit. 7. P. 3.
(3) D. l. 1.
(4) L. 2. tit. 7. P. 3.
(5) L. 12. eod.
(6) L. 29. tit. 29. P. 3.
(7) L. 13. cum seq. de tit. 7. P. 3.

Digitized by Google

risdictionem Judicis delegati, *cap.* 20. X. *off. et pot. jud. deleg.* nonnulli tamen hunc effectum tribuunt litis contestationi, per *cap.* 19. *eod.* de quo nos *sup. hoc lib.* 2. *tit.* 1. *n.* 37.

10 "In Hispania *l.* 8. *tit.* 3. »*lib.* 4. *Recop.* docet posse Ma»gistratus durante officio in qui»busdam conveniri: exemplum »habemus in *l.* 23. *tit.* 7. *lib.* 3. »*Recop.* in Prætore, qui cogi »potest ut fidejussores det: sed »et si causa urget, quotidie con»veniri videmus: et quando id »evenerit, casui Curiæ locus erit, »ut ostendimus *infr. tit. de jud.* »*n.* 39. Deinde *l.* 3. *de tit.* 3. »*lib.* 4. *Recop.* prohibet citatio»nem verbalem fieri sine scripto, »quando citandus extra oppidum »ejusque suburbia fuerit: citatio»nem aliter factam nullam decla»rans variisque pœnis citantem »objiciens. Et moris est, ut reo »copiam sui non faciente, ejus »domesticis, aut si hi non appa»reant, vicinis proximioribus, li»bellus scriptus tradatur jussio»nem citationis continens, qui *ce»dulon* apud nos dicitur; et pro »citatione habetur."

TITULUS QUINTUS.

SI QUIS IN JUS VOCATUS NON IERIT, SIVE QUIS EUM VOCAVERIT, QUEM EX EDICTO NON DEBUERIT (1).

1 *Omnes vocati à Prætore comparere debent, et causam suæ exemptionis ostendere, nisi hæc fuerit notoria.*

1 Recensentur *hoc tit.* duo edicta ad in jus vocationem pertinentia. Priore caverat Prætor, ut si quis in jus vocatus non ierit, multa pro jurisdictione Judices damnaretur (2). Posterius quasi exceptio prioris est, dum scilicet vocatus ex eorum numero sit, qui plane non, vel non sine venia Prætoris vocandi sunt: quos *tit. præced. n.* 2. enumeravimus; quatenus nempe nec ab adversario duci poterant, neque eum sequi tenebantur, arg. *inscrip. l. solutum* 48. *de verb. sign.* Debent autem omnes coram Prætore comparere, causamque suæ excusationis ostendere (3), ut Prætor sciat, an jurisdictionis ejus sit, *l.* 2. *hoc tit.* quia ut ait Ulp. in *l. si quis* 5. *de jud.* Prætoris est æstimare an sua jurisdictio sit: vocati autem non contemnere auctoritatem Prætoris. Si vero notorium fuerit Judicem esse incompetentem, impune ei non paretur *l. ult. de jurisd.* Sed neque pœnam merebitur qui propter rusticitatem non ierit, vel

(1) L. 8. tit. 7. P. 3.
(2) D. l. 8.
(3) L. 2. eod.

Digitized by Google

quia dies feriatus erat, vel ob aliud justum impedimentum, *d. l. 2. §. 1. hoc tit. l. 2. §. 3. si quis caution.* (1).

TITULUS SEXTUS.

IN JUS VOCATI UT EANT, AUT SATIS VEL CAUTUM DENT.

Recte notat Heinn. *hic*, cessare hodie edictum, de quo in *hoc tit.* cessante obligatione vocante è vestigio sequendi.

TITULUS SEPTIMUS.

NE QUIS EUM QUI IN JUS VOCABITUR, VI EXIMAT.

Sed neque hujus edicti pœnam irrogantis ullus hodie usus est: quia cum ignominiosa non sit, ut olim in jus vocatio, nemo vocatum vi eximit, ut monet etiam *hic* Heinnec. Neque in jus vocatio fit ut antea per ipsum actorem, sed per personam publicam scribam aut apparitorem. Plane si quis hodie ita vocatum euntemque sive sponte, sive sequendo personam publicam vi exemerit, aut impedierit quominus iret, proculdubiò deberet damna data sarcire; ac insuper pœnis legum Juliarum de vi, secundum hujus qualitatem subderetur.

TITULUS OCTAVUS.

QUI SATISDARE COGANTUR, VEL JURATO PROMITTANT, VEL SUÆ PROMISSIONI COMMITTANTUR.

Cod. lib. 2. tit. 57.

1 *Methodus.*
2 *Cautionum species.*
3 *Regulæ pro cautionum usu.*

1 *Hic tit.* appendix est *tituli IV.* quem modo inexplicatum reliquimus. Cæterum quia in eo memorantur variæ cautionum species, quarum usus in jure frequentissimus; opportunum puta-

(1) L. 11. eod.

Digitized by Google

mus, eas *hic* recensere et exponere.

2 Cautionum itaque species quatuor sunt, I. scilicet *satisdatio* seu *cautio pigneratitia l. 1. hoc tit.*(1). II. *cautio pigneratitia, l. 1. §. 9. de collat.*(2): quæ duæ cautiones idoneæ dicuntur, *l. si mandatu 59. §. ult. mandat. l. 4. §. 8. de fideic. libert.* III. *cautio juratoria, l. 17. C. de dignit. §. 2. Inst. de satisd.* (3). IV. *promissoria* seu *nuda promissio* (4), quæ significatur dum *cautionis* nomen simpliciter dicitur; *l. sancimus 3. C. de verb. et rer. sing.*

3 *Satisdatio* generaliter sumpta significat quamcumque cautionem, qua adversarius contentus est, *l. satisdationis 61. de verb. sig.* sed in specie ut in *hoc tit.* et divisione nuper tradita, est illa, quæ fit datis fidejussoribus, *l. 1. hoc tit.* Cæterarum cautionum notiones sua ipsarum nomina manifestant. Pro earum autem usu sequentes regulæ tenendæ. I. quoties lex simpliciter exigit satisdationem, et nihil aliud addit, toties dandi sunt fidejussores, quin cæteræ cautiones sufficiant, *l. 1. hoc tit. l. prætoriæ 7. de præt. stipul.* II. quando lex requirit ut *idonee* caveatur, fidejussores vel pignora dari debent, prout ei, qui cavere tenetur, placuerit, *d. l. 4. §. 8. de fideic. libert.* (5). III. à viris illustribus, et illis qui juramento asseverant, se fidejussores idoneos invenire non posse, cautio juratoria exigitur, *l. quotiens 17. C. de dign. auth.* Generaliter *C. de Episc. et Cler.* (6). IV. quotiescumque lex cautionem tantum desiderat, non addendo *idoneam*, nuda promissio sufficit, *d. l. 3. de verb. et rer. sign.*

TITULUS NONUS.

SI EX NOXALI CAUSA AGATUR, QUEMADMODUM CAVEATUR.

Voluit Prætor, ut dominus conventus noxali actione servi nomine, caveret se eum exhibiturum in eadem causa, in qua erat cum judicium acciperetur; ne illum alienando, vel alio modo deterius faceret actoris jus, *l. 1. hoc tit.*

(1) Tit. 12. P. 5.
(2) L. 21. tit. 5. P. 3.
(3) L. 41. tit. 2. P. 3.
(4) L. 1. tit. 11. P. 5.
(5) L. 21. tit. 5. P. 3.
(6) L. 41. tit. 2. P. 3. *et* ibi *Greg. Lop. in* gl. 5.

Digitized by Google

TITULUS DECIMUS.

DE EO, PER QUEM FACTUM ERIT QUOMINUS QUIS IN JUDICIO SISTAT.

1 Æquissimum putavit Prætor coercere dolum ejus, qui impedit aliquem judicio sisti, *l. 1. hoc tit.* deditque adversus eum actionem quanti actoris interfuit, *l. 3. eod.*

2 "Quomodo IN HISPANIA »coerceatur hic dolus, et læso »consulatur, habes in *l. 12. t. 23. »Part. 3.*"

TITULUS UNDECIMUS.

SI QUIS CAUTIONIBUS IN JUDICIO SISTENDI CAUSA FACTIS NON OBTEMPERAVERIT (1).

Si reus à nemine impeditus, judicio se non sistebat, neque cautionibus judicio sistendi causa factis obtemperabat: quod veteres *vadimonium deserere* dicebant, Cicer. *orat. 2. in Catil. cap. 3.* Senec. *lib. 4. de benef. cap. 39.* jubebat Prætor, ut in bona ejus, id est, bonorum possessionem iretur, *l. 2. quib. ex caus. in bon. poss. eatur* (2). Sed et poterat ab actore duci obtorto collo, ut diximus *sup. de in jus voc. n. 1.* Cessabat autem hæc pœna si justa causa impediebatur, putà valetudine, tempestate, aliisque similibus, quæ longa serie recensentur in *l. 2. hoc tit.* (3). Latius de hoc loquendi locus erit *lib. 42. tit. 4.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE FERIIS, ET DILATIONIBUS, ET DIVERSIS TEMPORIBUS.

Cod. lib. 3. tit. 11. et 12. (4).

1 *Quid sint feriæ, earumque species.*

2 *Feriarum divinarum finis, et quænam in eis prohibeantur,*

(1) L. 2. tit. 8. P. 3. l. 1. t. 11. lib. 4. Recop.

(2) D. l. 2. d. l. 1.

(3) L. 37. tit. 11. P. 5.

(4) Tit. 8. P. 3. à l. 33. usque ad 39. tit. 15. d. P. 3. et tit. 6. lib. 4. Recop.

Digitized by Google

et quæ permittantur.

3 *Feriis vindemiarum et messium litigatores renunciare possunt.*

4 *Quid sint dilationes, et tres earum species.*

5 *Effectus dilationum, et quod earundem tempora sunt continua.*

6 *Quodnam argumentum sibi propossuerit Tribon in tertia parte* hujus tituli, *non liquet.*

7 *In Hispania messim et vindemiarum ferias usus non servat, et quæ possit esse hujus ratio.*

8 *et* 9 *Dilationum tempora apud nos.*

1 Subjicitur *hic titulus* præcedenti, quia etiam feriæ et dilationes judicio non sistentem excusant, *l. 1. l. 6. hoc tit. l. ult. C. eod.* Feriæ autem, à feriendis victimis sic dictæ, si credimus Festo in voce *Feriæ*, sunt: *Dies qui à forensibus negotiis dant vacationem* (1). Eæque vel sunt *divinæ*, Majestati altissimæ, divinoque cultui dicatæ, *l. ult. C. hoc tit.* (2), vel *humanæ*, quæ hominum gratia constituuntur (3). Utræque sunt vel *solemnes* seu *ordinariæ*, quæ certo stato tempore observantur; vel *repentinæ* seu *extraordinariæ*, quæ pro re nata indicuntur, ut putà ob res prospere gestas, adventum Principis, aliamve publicam lætitiam vel tristitiam, *l. sed et si 26. §. 7. et quib. caus. maj. l. 3. C. de dilat.* (4). Solemnium divinarum seriem habemus in *ll. 2. 3. 7. et ult. §. 1. C. hoc tit.* (5). De humanis famosæ apud Romanos, *messium* et *vindemiarum*, *l. 1. l. 4. hoc tit. l. 2. l. 7. C. eod.*

2 Feriarum divinarum finis est, ut homines, missa rerum profanarum cura, Deum eo tempore debito cultu venerentur. Hinc in eis prohibiti omnes actus judiciales, sive publici, sive privati; et si qui fiant ipso jure sunt nulli, *ll. 2. 3. 7. 8. et ult. C. hoc tit.* (6), et etiam cunctarum artium commercia, *d. l. 3.* Permissa vero sunt quæ cultum divinum non turbant, veluti actus voluntariæ jurisdictionis, tutoris datio, emancipatio, manumissio, alique similes relati in *l. 2. hoc tit. l. actus 8. C. eod.* (7), vel moram non ferunt, ut agricultura necessaria, *l. omnes 3. eod.* (8), causarum criminalium cognitio, *l. pen. eod. l. 3. C. de Episcop. aud.* (9).

3 Quod attinet ad ferias humanas messium vel vindemiarum, nullæ quoque sunt cognitiones et sententia in eis latæ: attamen, cum hominum privatorum gratia constitutæ sint, validæ erunt, si partes ultro eis renunciaverint, *l. 1. in pr.* et *§. 1. hoc tit.*

4 *Dilationes*, de quibus est

(1) L. 33. tit. 2. P. 3.
(2) D. l. 33.
(3) D. l. 33.
(4) D. l. 33.
(5) L. 34. eod.
(6) D. l. 34. l. 12. tit. 22. P. 3.
(7) L. 35. d. tit. 2. P. 3. ubi plurima exempla.
(8) D. l. 35.
(9) D. l. 35.

Digitized by Google

altera pars *hujus tit.* sunt: *Dierum, rei in judicio peragendæ præfinitorum, prorogationes, l. 3. C. de temp. in int. restit.* (1); quæ, si à partibus sibi invicem conceduntur, *conventionalis*; si ab ipsa lege, *legales*; si à Judice, *judiciales* à Doctoribus vocantur. Quia autem concessio dilationis ad jura litigantium pertinet, consequens est, ut ipsi litigantes possint sibi invicem dilationes *conventionales* in infinitum indulgere, ut bene advertit Heinnec. *hoc tit.* §. 327. Dilationum legalium multæ sunt, veluti 20. dierum in citatione ad contestandum reo facta, *auth.* Offeratur *C. de lit. contest.* trium mensium, si probatio suscipienda sit in eadem provincia; sex si extra, in continenti tamen; novem si in provincia transmarina, *l. 1. C. de dilat. auth.* Jubemus *C. de jud.* aliæque. Judiciales non conceduntur à Judice, nisi causa cognita, *l. à procedente 4. C. de dilat.* §§. 2. *et 3. Inst. de offic. Jud.* (2).

5 Effectus dilationis est, ut interim Judicis officium quiescat *l. 3. C. de dilat.* (3). Unde alterutri concessa dilatio, utrique prodest, *l. petendæ 6. C. de tempor. in integr. restit.* Feriæ autem sive repentinæ sive solemnes, dilationum temporibus non excipiuntur, sed his connumerantur, *d. l. 3.* Quare tempora dilationum sunt continua, id est, nullis deductis diebus, ne quidem feriatis, currunt.

6 Tertia rubricæ *huj. tit.* pars est de diversis temporibus. Quid ea nobis promisserit Tribonianus non liquet: id liquet, eum non prestitisse quod promisit: quia de feriis tantum et dilationibus leges *hic* collectæ loquuntur. Nos de temporibus intra quæ tum civile tum criminale judicium regendum est, opportuno loco in *tit. de judiciis* tractavimus.

7 »In Hispania *l. 37. tit. 2. P. 3.* probat ferias messium et »vindemiarum, quas jus Romanum statuisse vidimus *sup. hoc tit. n. 1.* Sed eas non servari apud »nos, nec in Curiis Romana et »Regis Franciæ, notavit jam »Greg. Lop. in *glos. 2. ejusd. l.* »*37.* hunc usum justum appellans, »ut venientes de longinquis partibus citius expediantur: et forte »tacito populi consensu eis renunciatum est quod fieri posse ostendimus nuper *hoc tit. n. 3.* et expresse docet *l. 38. d. tit. 2. P. 3.*

8 »Quod attinet ad dilationes, sat illæ differunt ab eis »quas romanæ leges indulserunt. »Quæ reo ad contestandum conceditur 9. terminatur diebus »continuis, *l. 1. tit. 4. lib. 4. R. cop.* in quorum quolibet, etsi »feriatus sit, poterit contestatio »fieri, ut statuit modum exponens *l. 2. eod.* Indultas ad proponendas exceptiones sive dilatorias sive peremptorias retulimus in *Inst.* §. *ult. de except.* »Probatoriæ vero, quæ scilicet »ad probandum conceduntur, ad

(1) L. 1. tit. 15. P. 3.
(2) L. 3. eod.
(3) L. 2. P. 3. eod.

Digitized by Google

» 80 dies protrahuntur, si probationes in locis cis Portus (aquende los puertos) sint producendæ; ad 120. si ultra portus (allende los puertos); et ad 6. menses si ultra mare: qui termini poterunt à Judice, quando æquum ipsi videatur, coarctari, neutiquam vero prorogari. Si in Canariis aliisque Insulis probationes fuerint suscipiendæ, Judex terminum dilationis taxabit. Habentur hæc omnia in *ll. et 1. 2. titul. 6. lib. 4. Recop.*

9 » Præterea *l. 1. tit. 8. d. lib. 4. Recop.* tribuit litigatoribus 6. dierum dilationem à publicatis probationibus numerandorum, ad testium partis adversæ defectus seu impedimenta (*tachas*) objiciendum. Et si objecta impedimenta Judici legalia videantur, vult *ead. l.* ut dilatio ad ea probanda concedatur, quæ medietatem dilationis probatoriæ principalis non excedat: prohibetque hos terminos prorogari, et adversus eorum lapsum restitutionem dari. Hæc autem dilatio impedimentorum probatoria indulgenda non est, nisi post transactos 15. dies à principalis probationis publicatione, ut statuit *l. 3. d. tit. 8.* ea ratione, quia intra eos et non ultra potest restitutionem in integrum super probatione principali postulare qui sibi competere præsumat: quæ postulatio laudatam dilationem præcedere debet. Et insuper jubet *ipsa l. 3.* ut concessa in integrum restitutione, denuo dilatio probatoria indulgeatur omnibus litigatoribus communis, quæ neutiquam excedat medietatem alterius quæ præcessit. Dilationes denique quæ executionem sententiæ respiciunt in *titt.* de *judicitis et de appellat.* recensebimus."

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EDENDO.

Cod. lib. 2. tit. 1. (1).

1 *Quid sit edere, et editio actionis; et quare actor tenetur actionem edere.*

2, 3, 4 *et* 5. *Quid sit libellus, et quæ requirantur ut rite fiat.*

6 *Quando sat est ut in libello exprimatur causa generalis petendi, et quando exprimendo specialis.*

7 *Nequeunt plures actiones in eodem libello proponi, nisi incertum fuerit qua actione sit agendum.*

8 *De clausula libelli, quam* salutatem *apellant.*

(1) Tit. 2. lib. 4. Recop.

Digitized by Google

Sect. 10. De editione instrumentorum.

1 Edere, inquit Ulpianus in *l. 1. §. 1. hoc tit.* est: *Copiam describendi facere, vel in libello complecti, et dare vel dictare.* Editur autem actio vel instrumentum. Actionis editio est *Futuræ litis demonstratio*, quæ fieri debet, ut reus deliberare possit, utrum cedere, an contendere velit, et si contendendum putet, veniat instructus, cognita actione, qua convenitur, *d. l. 1. in pr.* (1). Nec immeritò; cum enim actor præsumatur instructus accedere ad judicium, quia in ejus potestate est quando agere velit, *tot. tit. C. ut nemo invit. agere, vel accus. cogatur* (2): æquum omnino est, ut patiatur, reum quoque instructum venire: qua ratione 20. dierum induciæ huic conceduntur, ut deliberare possit. Fit hæc actionis editio in causis levioribus viva voce; in eis vero quæ majoris sunt momenti, libello, *l. 3. C.* cum *auth. seq.* Nisi *de sent. ex per. recit.* (3).

2 Est autem libellus: *Scriptura speciem futuræ litis demonstrans, d. l. 1. §. 1. hoc tit. l. si quis 6. §. 7. eod.* (4). Ut rite ordinetur, plura observanda. I. ut constet facti narratione, causa pretendi, et conclusione seu petitione. II. debet esse *brevis*, ut nihil supervacuum contineat, *l. ult. §. 1. C. de appell.* III. *apta*, ut congrua sit facto petitio. IV. *clarus*, ex quo factum, et intentio actoris facile intelligantur, et quid quantumque petatur, reus noscat, arg. *l. ult. C. de ann. except. cap. 2. de libell. oblat.* (5). Si autem reus libelli incertitudinem seu obscuritatem non objecerit, sibi imputare debebit, recipietque iste eam interpretationem quæ actori utilior, *l. si quis 66. de jud. l. in contrahenda 172. §. 1. de div. reg. jud. l. 83. §. 1. de verb. obl.* et ut belle ait Celsus in *l. solemus 61. de jud.* periculosum est id metiri ex persona rei, qui semper, ne condemnetur, dicet hoc non convenise.

3 Libelli incertitudo et obscuritas vitatur, si inserendo, quis petat, à quo, quid, coram quo Judice, et quonam pretendi jure seu causa (6): quod his versibus exprimi solet:

Quis, quid, coram quo, quo jure petatur, et à quo,
Ordine confectus, quisque libellus habet.

Actoris quidem et rei, non solum nomen exprimendum est, sed et qualitas, si forte tutorio, procuratorio, seu alio nomine, non suo agat vel conveniatur.

4 Respectu ejus, quod petitur, certus quoque debet esse libellus, declarando quid, quale,

(1) L. ult. d. tit. 2. lib. 4. Recop. l. 15. tit. 2. P. 3.

(2) L. 45. eod. ubi et in l. seq. exceptiones.

(3) L. 40. *cum* seq. d. tit. 2. P. 3.

(4) D. l. 40.

(5) D. l. 40. d. l. ult.

(6) D. l. 40.

quantumque sit quod in judicium deducitur (1). Quandoque tamen non reprobandus libellus generalibus verbis conceptus, dum scilicet causæ natura id exigit, ut evenit in judiciis universalibus petitionis hereditatis, familiæ erciscundæ aliisque similibus (2): nec alternativus, quando reus ita debet res plures, ut electio de una tantum danda, ipsius sit.

5 Judicis designatio necessaria in libello est, ut reus deliberare possit, utrum excepciones declinatoriam fori, aut Judicis suspecti proponere sibi expediat, *auth.* Offeratur *C. de litis contest.*

6 Quod attinet ad causam petendi, ea vel generalis est seu communis, quam alii *proximam* appellant, vel specialis seu propria, quam *remotam* dicunt. Generalis in actionibus in personam est obligatio, in actionibus in rem dominium, aliudve simile jus. Specialis in prioribus est contractus ille seu quasi contractus, unde actio fuit nata, in posterioribus titulus ex quo dominium fuit quæsitum. In illis causa specialis exprimenda; in his quod generalis exprimatur, sat est. Nec ratio differentiæ, quam DD. communiter tradunt, obscura: quia nempe actor dicens, rem quam in judicium deducit, suam esse, satit reum instruit ut se defendere queat; quod contra se habet in actionibus in personam: nisi enim causa debendi exprimatur, quomodo se gerere debeat reus, ignorat, cum ex pluribus causis nobis deberi possit. Quando autem et quatenus actio seu libellus qui eam continent, emendari, seu mutari valeat, tractatur in §. 35. *Inst. de act.*

7 Quamvis reus possit plures exceptiones simul in eadem scriptura proponere, *l. nemo 8. de except.* plures tamen actiones in eodem libello cumulari nequeunt, *l. nemo 43. §. 1. de div. reg. jur.* quia favorabiliores sunt partes rei quam actoris, *l. favorabiliores 125. eod.* Excipe tamen casum, quo incertum sit, qua actione sit agendum, veluti si verus hæres dubius sit, an hæreditariæ rei possessor eam pro hærede vel pro possessore possideat, an ut legatarius: tunc enim cum hæreditatis petitione conjungere interdictum *quod legatorum* poterit, ut alterutrius effectum consequatur. Et ut generaliter ait Ulp. in *l. 1. §. 4. quod legat.* quotiens incertum est, quæ potius actio teneat, duas dictamus, protestati, ex altera nos velle consequi quod nos contingit.

8 Solent Pragmatici clausulam, quam *salutarem* appellant, libello inserere: qua Judicis officium imploranti, ut quæ desunt, suppleat: cui clausulæ plures effectus Interpretes communiter adscribunt. Sed ut bene probat Joann. Voet *hoc tit. n. 13.* hæc clausula ut abundans, et non necessaria cautela consideranda. Nam præterquam quod in iis quæ facti sunt nihil operatur; ea

(1) D. l. 40. tit. 2. P. 3. l. 15. l. 25. eod. d. l. ult.

(2) L. 26. tit. 2. P. 3. d. l. ult.

Digitized by Google

prætermissa, quæ sunt juris, si fuerint omissa, Judex ex officio supplere debet, *tit. C. ut quæ desunt advocat. et ibi* Perez. Qua ratione litigatorem temerarium in expensis condemnare tenetur, quamvis petitæ non sint, nec laudata clausula salutaris adjecta; *l. eum 79. de jud.* de quo argumento ex professo locuti sumus in *Inst. lib. 4. tit. 16. §. 1. nn. 3. et 5.*

9 Præter actionem, edenda quoque sunt instrumenta ab actore, ut reus facilius deliberare possit, an cedere, an contendere debeat. Ea autem edere tenetur, quibus usurus est; non alia, *l. 1. §. 3. hoc tit.* (1): nisi reus eis indigeat ad excipiendum (2), aut sint publica vel communia, *ll. 5. 2. et 7. C. eod.* (3). Quod ad reum attinet, instrumenta actori edere non cogitur; quia neque ratio juris, neque æquitas patitur, originem petitionis ex instrumentis ejus qui convenitur, fundari, *l. 4. l. ult. C. eod.* nisi reus conveniatur à fisco, cui edere cogitur ea instrumenta quæ ad causam de qua agitur pertinent, *l. 2. §. 2. de jur. fic. l. 3. hoc tit.* et generaliter ea quæ publica sunt, vel communia, quæ tam à reo quam ab actore sunt edenda, *dd. ll. 2. et 7. C. hoc tit.* (4).

10 Denique et Argentarios instrumenta seu rationes ab ipsis confectas omnibus quorum interest edere *plurimæ hujus tit. leges* cogunt. Erant autem Argentarii: *Qui in foro tabernas et mensas habebant, quibus pecuniæ tum custodiendæ, tum fœnori collocandæ, aliisve similibus usibus dabantur*: de quibus vide, si placet, Hotoman. *de verb. jur.* Cujac. *observat. 10. 14.*

TITULUS DECIMUS QUARTUS.

DE PACTIS.

Cod. lib. 2. tit. 3. (5).

1 *Methodus.*
2 *Quid sit pactum, et quam late pateat.*
3. 4. 5 *et 6. Pactorum divisiones.*
7. *Romano jure non nascitur actio ex nudo pacto, nisi fuerit confirmatum lege aut à Prætore, vel adjectum in contractu bonæ fidei.*
8 *Recensentur pacta prorsus inutilia.*

(1) L. 112. cum seq. tit. 18. P. 3.
(2) D. l. 113. tit. 18. P. 3. l. 17. tit. 2. P. 3.
(3) D. l. 17. tit. 2. P. 3.
(4) D. l. 17.
(5) Tit. 11. P. 5.

Digitized by Google

9 In Hispania ex quolibet pacto serio, legibus non improbato actio nascitur.

1 Quia rei à pœna deserti vadimonii excusantur, si de negotio fuerint pacti seu transegerint, *l. neque 22. §. 1. de in jus voc. l. 2. si quis caut. in jud. sist. ca. fac. non obtemp.* voluit Tribonianus agere *hoc tit.* de pactis, et *seq. de transactionibus.*

2 Pactum, pactio seu conventio, idem enim hæc tria significant, est: *Duorum vel plurium in idem placitum consensus, l. 1. §. 2. hoc tit.* Dicitur *in idem placitum*, id est, in eandem rem dandam, præstandam seu faciendam, vel non. Ex hac definitione patet, pactum generaliter acceptum ad omnia pertinere, de quibus negotii contrahendi causa conveniunt qui inter se agunt; adeoque etiam contractus, tum nominatos, tum innominatos continere, *d. l. 1. §. 3.*

3 Dividitur primo pactum in *publicum et privatum.* Publicum est: *Quod fit ex causa publica*, veluti quotiens inter se belli duces quædam paciscuntur. Hæc pacta obligare paciscentes jure gentium palam est: quia fides datis servanda est, *l. 1. hoc tit.* etiam hostibus, Cicer. *de offic. lib. 1. cap. 17. et lib. 3. cap. 24. et 29.* et late Vinnius in *tract. de pact. cap. 3.* Discrimen autem inter pacta et contractus, de quibus mox, ex jure mero civili Romanorum est, jure gentium prorsus incognitum. Privatum pactum est: *Quod fit et causa privata.*

4 Secundo dividitur in *nudum et non nudum*, seu *vestitum*, ut vulgo loqui amant, quod uno nomine appellantur *contractus.* Nudum est: *Quod in nudis placiti finibus subsistit*, id est, quod solum pactum est, nihil amplius, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem, *l. juris 7. §. 1. 2. et 4. hoc tit.* Pactum non nudum seu contractus est: *Conventio certum nomen habens, aut eo deficiente civilem obligandi causam, d. l. 7. §. 1. et 2.* Ex hac definitione fluit, alios contractus dici *nominatos*, qui nempe proprium nomen habent, ut emptio, venditio, locatio conductio, cæt. alios *innominatos*, qui cum proprio nomine destituantur, habent civilem obligandi causam, id est, dationem aut factum aliquod, quod implementum sit ab altera parte ea lege præstitum, ut alter contrahens similiter det vel faciat, *d. l. 7. §. 2.* Horum quatuor sunt species relatæ in *l. naturalis 5. de præscr. verb.* videlicet, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*: de quibus in *tit. de præscript. verb.* agemus. Contractus autem nominati aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut solo consensu, *§. ult. Inst. de obl.* omnesque proprium titulum in *Pandectis* habent, dempto contractu litterarum, de quo agitur in *Inst. lib. 3. tit. 22.* et in *Cod. lib. 4. tit. 30.* Insuper alii contractus dicuntur bonæ fidei, alii stricti juris, cujus divisio exponitur in *Inst. tit. de*

Digitized by Google

action. §. 28. Sed et sunt quædam facta contractibus simillima, ex quibus etiam obligationes actionesque oriuntur, quæ vulgo *quasi contractus* appellantur: de quibus late agitur in *Inst. lib. 3. tit.* 28.

5 Dividitur tertio pactum in *expressum et tacitum.* Illud est: *Quod fit consensu expresso; viva voce, per epistolam, vel per nuncium.* E contrario tacitum: *Quod fit consensu tacito*, qui ex re ipsa seu facto colligitur, *l. 2. hoc tit.* Sic creditor reddendo debitori cautionem seu chirographum, censetur pacisci se non petiturum, *d. l. 2. §. 1.* Hoc tamen procedit, quando creditor unum dumtaxat chirographum habebat: si enim duo vel plura habuerit, non aliter remisisse putabitur, quam si omnia reddiderit, arg. *l. ult. de his quæ in test. del.* Vide, si placet, Vin. in *d. tract. cap. 12.* hanc sententiam probantem, contrariisque argumentis Barth. aliorumque respondentem. Sic etiam jus pignoris remissum videtur, redditto pignore, *l. 1. §. 1. de tiber. leg. l. 3. C. de remiss. pign.*

6 Pactum denique vel in rem est, seu reale, ut quoties generaliter paciscor ne petam; vel in personam seu personale, cum paciscor me à certa persona non petiturum, *d. l. 7. §. 8. hoc tit.* Pacta realia prosunt etiam hæredibus, fidejussoribus, omnibusque, quorum interest obligationem dissolvi, *l. et hæredi 21. §. ult. eod.* personalia solis paciscentibus, *l. tale 40. eod.*

7 *Hujus tituli* argumentum sunt pacta nuda. Quare cæterorum primam notionem *hic* significasse sufficiat, ut in quo à nudis differant agnoscamus. Quoties in jure nomen *pactum*, vel *pactum conventum* simpliciter invenitur, nudum significatur; nisi ex adjunctis aliud appareat. Quamvis autem omnia pacta obligent jure gentium, quia ut ait Ulp. in *l. 1. hoc tit.* nihil tam congruum est fidei humanæ, quam ea quæ inter nos placuerunt, servare: tamen Romanorum jus nudis pactis vim civiliter obligandi non attribuit: non quod Romani improbum non credidissent eum qui fidem frangebat, sed quod negotiorum fidem in contractibus sanxerant, Gell. 20. 1. atque idcirco illusorie egisse judicabant, qui modum adstringendi legitimum, stipulationem putà, neglexerat: et insuper hominum pudori et probitati quædam relinquenda existimabant. Quare jure Romanorum attento nuda pacta obligationem duntaxat naturalem pariunt, et vice proverbii jactatur: *Ex nudo pacto actio non nascitur, l. legem 10. C. hoc tit.* Excipienda vero sunt ab hac regula ea pacta quæ jure civili vel prætorio confirmata sunt ad producendam civilem obligationem actionemque, quorum prima *legitima* appellantur, *l. legitima 6. hoc tit.* et illa quæ contractibus bonæ fidei in continenti adjiciuntur: de quibus omnibus egimus in §. *ult. Inst. de obligat.* Pactorum legitimorum exempla habes in *l. 30. de usur. l. 12. C. eod. l. 6.*

Digitized by Google

C. de dot. prom. l. 35. §. ult. C. de donat. Eorum, quæ Prætor confirmavit, in *l. 17. §. 1. hoc tit.* et in *l. 1. de pec. const.* Sed in hoc amplius non immorandum, quia hodie ubique omnia pacta seria et deliberata obligationem et actionem pariunt. Pacta denique liberatoria, quæ scilicet eo prorsunt, jure prætorio exceptionem pariunt, *l. 7. §. 4. et seq. hoc tit.* et passim. *alibi.*

8 Sed et quædam sunt pacta ita inutilia et jure improbata, ut nullum omnino producant effectum: ut puta, dolo inita, et ea quæ legibus et bonis moribus adversantur, *d. l. 7. §. 7. hoc tit. l. 28. eod. ll. 2. 12. §. 1. et 18. de pact. dot.* (1). Huc pertinent pactum quod vocant *de quota litis*, id est, de consequenda in eventum certa parte pecuniæ in controversiam deductæ, improbatum *l. sumptus 53. hoc tit. l. 5. C. de postul.* (2), pactum Medici cum ægrotante de honorario modum excedente, *l. Archiatri 9. C. de profess. et medicc.* pactum de futura hereditate certæ alicujus personæ viventis et non consentientis, sive de adquirenda, *l. ult. C. hoc tit.* sive conservanda, *l. 15. eod.* sive de repudianda, *l. ult. de suis et legit. hær. l. 3. C. de collat.* et denique pacta omnia quæ turpem causam continet *l. si unus 27. §. 4. hoc tit.* (3). Qui plura de his pactis desideret, adeat Vin. in *tract. de pact. cap. 18.* et *seq.* ubi late et pulchre de pactis circa successiones.

9 "In Hispania quid statu-
"tum sit in *l. 22. Tauri* circa pro-
"missiones sive de meliorando vel
"non meliorando, tradidimus in
"*Inst. Romano-Hisp. in Append.*
"*de legit. port. lib. et parent. et*
"*meliorat. n. 5.* Vide, si placet,
"Anton. Gom. in *d. l. 22.* ubi plu-
"ra de pactis succedendi vel non
"succedendi. Et generaliter tenen-
"dum, omnia pacta seria, quæ non
"sint legibus improbata, obliga-
"tionem et actionem producere,
"ut sæpe diximus in *lib. 3. Inst.*
"*ex l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.*

TITULUS DECIMUS QUINTUS.

DE TRANSACTIONIBUS.

Cod. lib. 2. tit. 4.

1 *Transactionis definitio tradita et exposita.*
2 *Quibus modis fieri posit transactio.*
3 *Transactio species alienationis est, et qui possunt transigere.*
4 *et 5 Transigi potest de*

(1) L. 28. in fin. tit. 11. P. 3.
(2) L. 14. tit. 6. P. 3.
(3) L. 38. d. tit. 11. P. 5.

Digitized by Google

omnibus rebus dubiis non exceptis, et quomodo de controversiis quæ ex testamento proficiscuntur.

7, 8 et 9 *De transactionibus circa alimenta.*

10, 11, 12 et 13 *De transactionibus circa delicta.*

14 et 15 *Effectus transactionis, et quando transactio rescindi valet.*

16 *Transactio strictæ interpretationis est.*

17 et 18 *Jus Hispanum de procuratore* cum libera; *et alia scitu digna.*

1 Transactio à pacto differt tanquam species à genere, quia nihil est aliud quam: *Conventa et non gratuita decisio rei dubiæ.* Dicitur *decisio*: quia rebus dubiis et controversis, non secus ac res judicata finem imponit, *l. non minorem 20. l. 33. C. hoc tit.* Additur *conventa*: quia per transactiones lites decidunturet amputantur propria voluntate seu conventione partium. Adjicitur quoque *non gratuita*: quia qui transigit, aliquid accipit in compensationem ejus quod cedit sive remittit: quo respicientes Diocletian. et Maximian. in *l. transactio 38. eod.* inquiunt: *Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit.* Dicitur etiam *rei dubiæ*; id est, de qua jam lis mota est, vel imminet, seu saltem moveri potest, *l. 1. hoc tit. l. 2. l. 11. l. 12. C. eod.* Unde super re certa, vel per sententiam decisa transigi nequit; *dd. ll.* junct. *l. eleganter 23. §. 1. de cond. indeb.* Nisi de hac supersit remedium appellationis, vel restitutionis in integrum, atque idcircò adhuc incertitudo appareat, *d. l. 23. §. 1. l. 7. l. 11. hoc tit. l. 32. C. eod.*

2 Potest fieri transactio nedum pure, sed etiam sub conditione, *l. si super 9. C. hoc tit.* et tam verbis generalibus quam specialibus, *l. 9. l. 12. hoc tit. l. sub 29. l. 31. C. eod.* Generalis transactio omnes causas ad transigentes spectantes finit, adeo ut prætextu novarum specierum post repertarum non rescindatur, *d. l. 29.* Specialis quæ fit, de certa re, aut lite, ad alias non extenditur, *d. l. 9. d. l. 12. d. l. 31.*

3 Cum transigentes aliquid mutuo sibi dent, cedant, seu remittant, facile patet transactionem speciem alienationis esse. Quare hi soli transigere poterunt qui liberam alienandi potestatem habent, non alii; sive domini sint, sive non. Hinc prohibentur transigere furiosi, prodigi, infantes; et impuberes, puberesque sine tutorum curatorumve suorum auctoritate. Quod ad procuratores attinet, posset transigere eos qui mandatum speciale habent, res clara est (1), cum nihil intersit utrum ipse dominus rem per se alienet, an voluntate ejus alius cui ejus rei potestatem permisit, §. 42. *Inst. de rer. div. et adq. ips. dom.* (2). Sed et poterunt illi quibus generale man-

(1) L. 19. tit. 5. P. 3.

(2) L. 46. tit. 28. P. 3.

Digitized by Google

datum concessum est, *l. nam. 12. de pact.* eodem scilicet modo ac possunt permutare, *l. procurator 58. de procur.* et jusjurandum deferre, *l. 17. §. ult. de jurejur.* quando nempe ratio administrationis id exigit, ut puta cum probationes eis deficiunt, et in causa domini plane dubia atque incerta: non vero si paratas habeant probationes, quibus id quod intendunt, aperte queant ostendere: quia hoc non tam esset administrare, quam profundere et dissipare, quod eis prohibitum, arg. *l. filiusfamilias 7. de donat.* atque ita exaudienda *l. 60. de procur.* eis hanc facultatem denegans. Valebunt etiam secundum eandem distinctionem transigere administratores civitatum, *l. Præsses 12. C. hoc tit.* et tutores curatoresve, *l. Lucius 46. §. ult. de adm. et per. tut. l. interdum 56. §. 4. de furt.* Plane procuratores qui in rem suam appellantur, id est, quibus in rem utilitatemque suam mandatæ seu cessæ sunt actiones, *l. 2. in fin fam. erc. l. si procuratorem 8. §. ult. mand.* libere possunt transigere, quia loco domini habentur, *l. 13. §. 1. de pact.* ut magis in sua, quam in aliena causa transigere videantur, *l. 9. C. de procur.*

4 Transigi potest de omnibus rebus dubiis non exceptis neque prohibitis; de quibusdam enim prohibitæ sunt transactiones. Sic de controversijs quæ ex testamento proficiscuntur, non aliter potest transigi quam inspectis cognitisque verbis testamenti, *l. de his 6. hoc tit.* (1). Prohibitionis ratio esse videtur, ne qui testamenta supprimunt seu occultant, indignum lucrum inde capiant, ignaros legatarios et fideicommissarios illiciendo ad transigendum, et modicum forte præsens, pro relicto majoris pretii, quod ipsis ignotum est, accipiendum, arg. *l. 8. eod.* Et etiam, quia aliàs per hujusmodi transactiones facile impedirentur supremæ hominum voluntates, quas exitum habere publicè interest, *l. 5. test. quem aper.*

5 Idem erit dicendum etiamsi transigentes inspectioni testamenti renunciaverint: tum quia legi prohibenti aliquid fieri, aut quid requirenti ad actus alicujus substantiam, renuntiare non licet, *l. 5. C. de legib. l. 6. C. de pact.* tum etiam, quia tabularum inspectio in odium eorum qui testamenta occultant, introducta est, nec tam in favorem transigentium, quam ipsius testatoris: ut proinde non obstet *lex pen. C. de pact.* permittens cuicumque beneficiis pro sese introductis renunciare.

6 Non tamen erit ferendus nec audiendus, qui generaliter in his quæ testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore legatum sit, *l. non est ferendus 12. hoc tit.* quia præterquam quod aliàs aperiretur fenestra improbis hominibus evertendi hoc pretextu quo-

(1) L. 1. tit. 2. P. 6.

tidie transactiones; de se queri debet, qui intendit sibi præjudicium illatum, quia oscitanter testamentum perlegit. Vide Vinn. docte hocce argumentum excutientem in *trac. de trans. cap. v.*

7 Circa alimenta distinctionem reperimus in *l. de alimentis 8. C. hoc tit.* ut nempe de præteritis libere transigi possit; de futuris autem non nisi interveniente Prætore. Differentiæ ratio ea est, quam tradit Vinn. in *dict. tract. cap. VI.* quod ex præteritorum transactione nullum periculum est alimentario, sicut ex futurorum: nam per transactionem de futuris evenire potest ut alimenta intercipiantur, et consilium relinquentis, ne alimentarius egeat, irritum fiat atque inane: cum autem de præteritis fit transactio, jam causa metuendi ne alimenta intercipiantur, sublata est. Imo, si proprie loquamur, alimenta præterita alimenta non sunt; sed ita dicuntur relatione facta ad tempus, ad quod testator ea destinaverat: atque idcirco in oratione D. Marci, quæ transactiones de alimentis non aliter fieri permisit, quam si fierent auctore Prætore, superfluum visum fuit addere *de futuris*, *l. cum hi 8. hoc tit.* dubitationis tamen tollendæ gratia, id additum in *d. l. 8. C. eod.* quæ laudatam orationem interpretatur.

8 Laudatæ D. Marci orationis causam expressit Ulp. in *d. l. 8. hoc tit.* quod scilicet hi quibus alimenta relicta erant, facile transigebant contenti modico præsenti, et pecuniam repræsentatam, seu solutam consumebant, *d. l. 8. §. 6.* Pertinet autem hæc oratio ad alimenta quæ fuerint relicta testamento, codicillis, vel donatione mortis causa: de alimentis vero quæ non mortis causa donata sunt, id est, quæ ex contractu debentur, licet sine Prætore transigere, *d. l. 8. §. 2. hoc tit.* Ratio hujus est, quia nihil impedit quominus sola transigentium voluntate tollatur obligatio, quæ solo ipsorum consensu introducta est. Neque hoc casu quisquam alieno juri vel favori renuntiat, sed suo duntaxat; et naturale est, unumquodque dissolvi eo modo quo colligatum est, *l. nihil 35. de div. reg. jur.* Vinn. *d. tract. cap. VI. n. 13.* Noodt in *lib. sing. de pact. et trans. cap. XVII.* Voet. *hoc tit. n. 14.* Sed nec illa transactio indiget auctoritate Prætoris, per quam conditio alimentarii fit melior, sive quæ alimenta non intercipit, *d. l. 8. §. 6.*

9 Quando necessaria est Prætoris auctoritas, causa cognita eam interponet. Si enim Prætor aditus, citra causæ cognitionem transigi permiserit, transactio nullius erit momenti: quia, ut eleganter ait Ulp. in *d. l. 8. §. 17.* Prætori ea res quærenda commissa est, non negligenda nec donanda. Idem erit dicendum si non de omnibus inquisierit quæ Oratio mandat, id est, de *causa*, *de modo*, et *de personis* transigentium, quamvis de quibusdam quæsierit, *d. §. 17.* Quid autem inquirendum circa *causam*,

modum et *personas*, habes in *d. l. 8. §. 9.* et *seqq.*

10 Quod attinet ad delicta, decidenda est res sub multiplici distinctione. Et imprimis extra dubitationis aleam est, non posse transigi de delictis futuris, cum omnis de eis pacto sit prohibita, *l. si unus 27. §. 3.* et *4. de pact.* (1). De præteritis vero distinguendum inter publica et privata; et in publicis inter capitalia et non capitalia. De delictis privatis, si civiliter, agatur, transigere licet eo effectu, ut actio civilis extinguatur, *l. si pignore 54. §. ult. l. 56. §. 4. de furt.* reus tamen qui transigit, in causis famosis infamia notatur, tanquam si confessus et condemnatus esset, *l. Athletas 4. §. ult.* et *ll. seqq. de his qui notant. inf.* (2), Si vero criminaliter agatur, locum transactio non habet, quia privata pactione publica coercitio tolli non potest, *l. illud 5. de pact. dotal.* (3), nec patitur publicæ disciplinæ vigor ut delicta maneant impunita, *l. ita 51. §. 2. ad leg. Aquil.*

11 De delictis publicis seu criminibus capitalibus stricte sumptis, id est, sanguinis poenam seu ultimum supplicium ingerentibus, non est prohibitum transigere, nec adversarium corrumpere, *l. transigere 18. C. hoc tit. l. ult. de prævaric.* (4). Rationem habemus in *l. 1. de bon. eor. qui ant. sent.* (5): quia nimirum ignoscendum est ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit. Quia vero laudata *lex 18.* quæ Dioclet. et Maximian. est, excipit crimen adulterii, cujus poena ante Constantinum capitalis non fuit, testante Justiniano in *novel. 134. cap. 10.* idemque probantibus aliis rationibus adductis à Vinn. in *tract. de trans. cap. VII. num. 17.* verisimile omnino putamus cum eod. Vinn. *ibid.* Cujac. *lib. 6. observ. 11.* aliisque plurimis, *d. l. 18.* interpolatam fuisse à Triboniano, uti etiam *legem 9. C. ad leg. Jul. de adult.* quæ cum Alexandri sit, supponit poenam adulterii capitalem esse. Plures hujus exceptionis rationes vide, si placet, apud Vinn. *d. cap. VII. n. 18.* et apud Greg. Lop. in *glos. 12. legis 22. tit. 1. P. 7.* Hæc autem transactio tantum proderit reo, ut liber sit ab accusatore cum quo transegit: non vero obstabit alteri qui eum accusare voluerit, ut bene probant glos. in *d. l. 18.* et Gom. *3. var. cap. 3. n. 55.* ex *l. qui coetu 5. §. ult. ad leg. Jul. de vi pub.* multoque minus impediet Judicis officium.

12 De publicis denique delictis non capitalibus transigere non licet, *d. l. 18. C. hoc tit.* (6). Rationem tradit Vinn. in *d. cap. VII. n. 21.* quia videlicet in his non tanta occurrit miserationis ratio, ut à tenore juris, legumque severitate visum fuerit receden-

(1) L. 38. tit. 11. P. 5.
(2) L. 22. tit. 1. P. 7.
(3) D. l. 22.
(4) D. l. 22.
(5) D. l. 22.
(6) D. l. 22. tit. 1. P. 7.

dum esse; Tantum de vita sua periclitantibus, et sanguinem suum redimentibus ignoscendum putaverunt legum Conditores, *d. l. 1. de bon. eor. qui ant. sent.*

13 Antequam autem à transactionibus de delictis abeamus, placet hic transcribere *d. l. 18. C. hoc tit.* ut ultima ejus verba breviter exponentes, de quæstione ex eisdem nata, quid tenendum sit agnoscamus. Ita ergo se habet: *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* De significatione itaque verbi *citra*, acriter DD. disputant. Plurimi cum Cujac. 6. *observ. 11.* voluit, idem *hic* significare ac *præter*, uponempe exceptionem denotet, et velint Impp. licitam esse transactionem de crimine falsi (1). Cæterum Donel. in *d. l. 18. n. 14.* aliique non pauci existimant, idem valere *citra* in *d. l.* ac *sine*, ut sit sensus: *Non licet transigere, quin transigens incidat in crimen falsi*: quæ interpretatio probabilior videtur, per ea quæ late et acute tradit Vinn. in *laudato cap. XII. à n. 30.* De transactionibus circa beneficia et matrimonia, adeundi juris canonici Interpretes.

14 Effectus transactionis est, quod rebus dubiis et controversis, non minus ac res judicata finem imponat, *l. 20. C. hoc tit.* (2), adeo ut nec imperiali rescripto resuscitari possit lis transactione decisa, *l.* causas 16. *eod.* neque ob instrumenta noviter reperta, *l. 19. eod.* neque sub prætextu indebiti soluti, *l. 23. eod.* vel quod nulla causa litis fuerit, *l. in summa 65. §. 1. de cond. indeb.* Hæc ideo, quia publice interest ne lites finitæ resuscitentur, et aliàs nullus fere esset litium finis, *l. fratris 10. C. hoc. tit.*

15 Rescinditur tamen transactio quando id æquitas postulat, ut putà ob metum, *l. 13. C. hoc tit.* ob dolum, *d. l. 13. l. 4. l. 19. eod. d. l. 65. §. 1.* (3), falsaque instrumenta, ita tamen ut si de pluribus causis vel capitulis transactiones fuerint initæ, illa tantummodo causa vel pars retractetur quæ ex falso instrumento fuerit convicta, aliis capitulis firmis manentibus, *l. pen. C. hoc tit.* Non autem ob enormem læsionem beneficio *legis 2. C. de rescin. vend.* tum quia transactio fit super rebus dubiis, in quibus læsio ultra dimidium locum non habet: tum etiam propter apertum textum in *l. Lucius 78. §. ult. ad senat. Trebel.* aliasque rationes adductas à Vin. in *d. tract. de trans. cap. VIII. à num. 11.*

16 Animadvertendum denique, transactionem strictæ interpretationis esse: unde non extenditur ad causas de quibus actum vel cogitatum non est, *l. 5.*

(1) D. l. 22.
(2) L. 34. tit. 14. P. 5. junct. l. 5. tit. 24. P. 3.
(3) I D. l. 14.

l. qui 9. §§. 1. et 3. hoc tit. Nec qui transegit de relictis testamento, censetur transegisse de relictis in codicillis, *l. 3. §. 1. l. 12. eod.* Neque qui de alimentis transegit, videtur transegisse de habitatione, vestiario, vel calciario, *l. 8. §§. 12.* et *14. eod.* quamvis in legato alimentorum hæc omnia contineantur, *l. legalis. 6. de alim. vel cibar. legat.* (1).

17 "In Hispania *l. 19. tit. 5.* »*P. 3.* postquam generali procu»ratori simpliciter constituto de»negat. transigendi potestatem, »eam concedit illi qui manda»tum acceperit liberum ac ple»num ad ea omnia complete in »lite agendum, quæ ipse domi»nus facere potuerit. Probat ita»que in hoc de transactionibus »argumento distinctionem inter »hos procuratores, quam nos in »jure Romano non admisimus in »*Inst. §. 42. de rer. div. et adq. »ips. dom.* à qua opinione non »recessimus *sup. n. 3.* Quamvis »autem, *d. l. 19.* indistincte tri»buat procuratoribus generalibus »*cum libera*, ut loquuntur, tran»sigendi facultatem, tamen Greg. »Lop. in *gloss. 8.* et *9. ejusd.* hanc »doctrinam limitat, ut non pro»cedat in valde præjudicialibus, »propter abusum Notariorum qui »passim absque mandatorum con»sensu, et eis prorsus ignoran»tibus, juxta eorum stilum hæc »verba inserunt: eademque sen»tenia est Covar. 1. *var. resol. »cap. 6. n. 3.* Valer. *de tran»saction. tit. 4. quæst. 5.* et om»nium fere nostratum. Plane in »praxi ad hoc amovendum du»bium, nemo vult transigere cum »procuratore, qui speciale man»datum non habeat.

18 »Præterea *lex 22. tit. 1.* »*P. 7.* probat omnia fere quæ »circa transactiones de delictis »diximus, ut sæpe in *margine* »notavimus: additque ulterius, »posse maritum remissionem gra»tuitam facere in causa de adul»terio, postquam omnem tran»sactionem in eadem prohibuerat. »An autem stante *d. l. 22.* tran»sactio de crimine capitali non »solum liberet reum ab accusa»tore cum quo transegit; sed »etiam à quocumque alio qui »eum voluerit accusare, et quo»que ab officio Judicis, ita ut »hic nequeant ullam corporalem »pœnam ei imponere; difficilis »est quæstio, quam adductis u»trinque pluribus rationibus la»tissime examinant Greg. Lop. »in *gloss. 11. ejusd. l. 22.* et Ant. »Gom. *3. var. cap. 3. à n. 55.* »Illud vero ambigendum non est, »permissionem hujus transactio»nis efficere, ut reus transigens »non habeatur pro confesso, aut »convicto propter initam tran»sactionem, ut habentur qui de »aliis criminibus transigunt: ar»que etiam ut non puniatur, si »accusatorem corrupit, ut mo»net ipse Gom. *d. n. 55.* Quomodo autem possit à transactione appellari, tradimus *infr. l. 4. »tit. 8. n. 16.*

(1) L. 5. tit. 33. P. 7. in fin.

LIBER III.

TITULUS PRIMUS.

DE POSTULANDO.

Cod. lib. 2. tit. 6. (1).

1 *Quid sit postulare.*
2 *Advocatorum honores et privilegia.*
3 *De Advocatorum honorario seu salario.*
4 *et 5. Postulare possunt quicumque non prohibetur: et tres prohibitorum ordines quos Prætor fecit.*
6 *In Hispania quinam sint prohibiti postulare.*
7 *Nulla admittitur postulatio quæ non sit ab aliquo Advocato facta vel subscripta: et de postulatione rei levis.*
8 *Pacta in postulando prohibita.*
9 *De salario Advocatorum.*

1 Si causa dubia transactione non tollitur, sed ad judicium defertur, postulationes fiunt: est autem postulare: *Desiderium suum, vel amici sui, in jure apud eum qui jurisdictioni præst, exponere, vel alterius desiderio contradicere, l. 1. §. 2. hoc tit.* (2). Qui pro aliis postulant, appellantur Advocati, *l. 1. §. 4. hoc tit.* Patroni causarum, *l. 1. l. 5. C. de adv. diver. judicior.* Togati, *l. 3. d. l. 5. eod.*

2 Advocatorum officium laudabile, vitæque hominum necessarium appellat Anastasius in *l. laudabile 4. C. de adv. diver. judicium* (3), dignumque ut imperatores illud præmiis remunerentur. Quam utile Reipublicæ illud existimarint Impp. Leo et Anthemius, habes in *l. Advocati 14. C. de adv. diver. judicior.* Facessat ergo procul vana et inepta sententia quorumdam existimantium, nobilitati virtute majorum partæ præjudicare honorificum advocationis munus. Privilegia Advocatis concessa potissimum consistunt: I. in eo, quod excusantur à muneribus et functionibus ab eorum officio alienis, *l. 3. l. 6. eod.* II. quod si filiifam. sint, tamquam peculium quasi castrense habeant, quæcumque acquirunt advocationis ope, *l. 4. l. 8. eod.* (4). III. quod liberi eorum idem ambientes officium, extraneis præferendi,

(1) Tit. 6. P. 3. tit. 16. lib. 2. Recop. et tit. 16. lib. 2. senatusçons.

(2) L. 1. d. tit. 6. P. 3.
(3) Pr. eod.
(4) Arg. l. 7. tit. 17. P. 4.

Digitized by Google

eique gratis et sine sumptibus sociandi, *l. 3. §. 5. l. 5. §. 5. de advocat. divers. judicium.*

3 Lege Cincia fuit cautum ne quis ob causam orandam, pecuniam, aliudve donum acciperet, ut refert Tacitus *lib. 11. ann. cap. 5.* Postmodum vero Claudius Imperator certum honorarii accipiendi modum præscripsit, idem Tac. *d. lib. 11. cap. 7. in fine.* Debetur itaque jure novo Advocatis honorarium sive salarium (1); et si annuum fuerit promissum, mortuo intra annum Advocato, poterunt hæredes ejus integrum anno ille respondens exigere, *l. 1. §. 13. de extraord. cogn. l. 15. §. 1. C. de adv. divers. judicior.*

4 Postulare possunt quicumque non sunt prohibiti. Prohibitorum autem Prætor tres fecit ordines. Nam. I. quosdam in universum postulare vetuit. II. quibusdam pro se duntaxat permisit postulare. III. aliquos pro se, et pro certis personis tantum, ad postulandum admisit, *l. 1. §. 1. hoc tit.* In totum postulare prohibuit minorem annis 17. qui scilicet annum decimum septimum non complevit, et surdum, *d. l. 1. §. 3.* (2), ubi et ratio. Ad secundum ordinem retulit feminas, cæcos, *d. l. 1. §. 5.* (3), et quosdam infames qui recensentur in §. 6. *ibid.* (4). Quoad feminas, causam dedit edicto seu prohibitioni Carphania (aliis Caja Afrania, aliis Calphurnia) improbissima femina inverecunde postulans, et Magistratum inquietans, si Ulp. credimus in *d. §. 5.* Ad tertium denique ordinem pertinent omnes qui Prætoris edicto notantur infames præter recensitos in ordine secundo, et qui quacumque parte juris scripti, nisi pro certis personis postulare prohibentur, *d. l. 1. §. 8.* (5). Personas autem pro quibus hi valent postulare, enumeratas habes in *d. l. 1. §. 11.* et *quatuor leg. seqq.* (6), et sunt parens, patronus patronave, liberi et parentes patroni, liberi postulantis, frater, soror, uxor, socer, socrus, gener, nurus, vitricus, noverca, privignus, pupillus, fatuus, omnesque quibus curatores dantur. Quos Prætor prohibet postulare, prohibiti sunt, etiamsi adversarios patiatur postulare, *l. quos 7. eod.* (7). Qui vero non sponte, sed necessario officio funguntur, possunt sine offensa edicti postulare, quamvis sint hi qui non nisi pro se postulare possunt, *l. 6. eod.*

5 Insuper leges postulare prohibent patronos fisci adversus ipsum fiscum, excepta causa propria, necnon filiorum, et parentum eorum, ac pupillorum quorum tutelam gerunt, *l. hi 10. eod.* et Decuriones contra suam patriam, præter relatas superiores causas, *d. l. 10. §. 1.* Item eos qui in eadem causa sunt Ju-

(1) L. 14. tit. 6. P. 3.
(2) L. 2. tit. 6. P. 3.
(3) L. 3. eod.
(4) D. l. 3. *eum* seq.
(5) L. 5. eod.
(6) D. l. 5.
(7) D. l. 5. tit. 6. P. 3. v. *E th.*

Digitized by Google

dices, *l. 6. C. eod.* (1), et generaliter illos qui de emolumento certæ partis, seu quota litis, ut loquuntur, sunt pacti, *l. 5. eod.* (2), vel non sunt imbuti sacrosantis catolicæ religionis mysteriis, ut pie et religiose constituerunt Leo et Anthemius in *l. ult. eod.* potentiores, *l. 1. C. ne liceat patent.* et omnes qui legitimam personam standi in judicio non habent, *tot. tit. C. qui leg. pers. stan. in jud.* Et denique nemini permittitur Advocati munus exercere, nisi constiterit, eum per statuta tempora legum studio vacasse, et statuto examine fuisse probatum, *l. 11. §. 1. C. de adv. div. judicior.* (3). Animadvertendum autem, quod si quis ambitione seu metu adversarii, vel ex alia causa Advocatum non invenerit, Prætor dat ei, *l. 1. §. 4. hoc tit.* (4).

6 "In Hispania in universum prohibetur postulare qui » fuerit pater, filius, gener, frater, vel levir Tabellionis qui » acta conficit, *l. 7. tit. 25. lib. 4. Recop.* ut etiam ille qui talis » fuerit respectu Judicis, ubi unus solus jus dicit; in Auditoris autem seu Tribunalibus in » quibus plures simul judicant, » qui fuerit pater, filius, socer, » vel gener unius ex eis, *l. 33. tit. 16. lib. 2. Recop.* Et insuper » *l. 15. eod.* prohibet religiosis clericisque in sacris ordinibus constitutis, et eis qui beneficium in » aliqua obtinent Ecclesia, postulare coram Judicibus sæcularibus, nisi pro se ipsis, Ecclesia in qua obtinent Beneficium, » personis pauperibus ac miserabilibus, aliisque in eadem recensitis. Et *l. 16. d. tit. 16.* » obligationem injugit Advocatis » laicis, legitima causa non impeditis, pro pauperibus postulandi, ubicumque non adsint » Advocati salariarii ad postulandum pro eis.

7 » Nulla postulatio valet in » judicio proponi quæ non fuerit » ab Advocato aliquo facta, ut » pœnam contrarium facientibus » imponendo statuunt. *l. 1. tit. 16. lib. 2. Recop. senatusc. pen. tit. 16. lib. 2.* Solum excipit laudata *l. 1.* dominum negotii, et » procuratores, quorum illi postulationes in causa propria permittit facere, his vero eas quæ » levioris sunt momenti: quænam autem hæ sint traditur in » *l. 8. tit. 24. d. lib. 2. Recop.* » Quia vero recentiores leges quæ » Advocatorum Collegia erigere » curarunt probaveruntque, quo » respexerunt *d. senatusc. pen.* » cum *seq.* jubet, ut nulla omnino postulatio in judicio admittatur ubi erecta sunt, absque » alicujus Collegæ subscriptione, » nullam adhibentes exceptionem: » existimare licet, solam domini » subscriptionem hodie non sufficere; nisi res fuerit minimi » momenti, ut de procuratori-

(1) L. 10. tit. 4. P. 3. v. *Otrosí.*

(2) L. 14. d. tit. 6. v. *Otrosí.*

(3) L. 1. tit. 16. lib. 2. Recopil.

(4) L. 6. tit. 6. P. 3.

Digitized by Google

» bus modo diximus ex *d. l. 1.* » *tit. 16. lib. 2. Recop.* junct. *d.* » *l. 8. tit. 24. eod.* quæ etiam» num servantur. Sed neque ad» mittenda est ulla postulatio in » scriptis de quantitate seu re cu» jus valor summam 500. dena» riorum (*quinientos reales de ve» llon*) non excedat, postquam » lege lata ann. 1768 servanda » Matriti, et ann. seq. extensa ad » alias Provinciarum Metropoles, » ad destinandos Judices certis » urbium regionibus (*crear alcal» des de cuartel y de barrio*) sta» tutum est, ut viva voce agatur » causa quæ laudatam summam » non exsuperet.

8 » Præter pactum de quota » litis, quod, ut vidimus *supra* » *hoc tit. n. 5. in margine*, pro» hibuit *lex 14. tit. 6. P. 3.* se» quens *legem 5. C. hoc tit.* tria » alia pacta animadvertimus im» probata per *l. 8. d. tit. 16. l. 2.* » *Recop.* quæ facile Advocati à » clientibus extorquere possent, si » licita manerent seu impunita: » I. quo Advocatis promittitur » certa quantitas, aut res aliqua » palmarii seu victoriæ causa: II. » quo clientes spondeant certam » pecuniæ quantitatem Advocatis » qui ipsis clientibus felicem litis » exitum promittunt: III. quo » offerant Advocati se propriis » expensis causam acturos ob cer» tam pecuniæ summam ipsis tri» buendam. Sed et pœnæ adver» sus Advocatos hanc prohibitio» nem contemnentes in *ead. l. 8.* » statuuntur. Ex his tribus pactis » Romani improbaverunt etiam » primum, sed tunc cum initum » fuerit causa nondum acta, *l. 1.* » *§. 12. de extraord. cogn.*

9 » Super Advocatorum sala» rio seu honorario plurimæ leges » prodiere, ut *l. 14. tit. 6. P. 3. l. 7.* » et *aliquot seqq. tit. 16. l. 2. Rec.*

TITULUS SECUNDUS.

DE HIS QUI NOTANTUR INFAMIA.

Cod. lib. 2. tit. 12. (1).

1 *Quid et quotuplex sit infamia.*
2 *et* 3 *De infamibus infamia juris.*
4 *De infamia facti.*
5 *De levis notæ macula.*
6 *Effectus infamiæ et levis notæ maculæ.*
7 *In Hispania nulla infamia notantur viduæ, quæ intra annum luctus nubunt, neque viri qui eas uxores ducunt.*

1 Quia in *titulo præcedenti* recensentur infames inter prohibitos postulare, visum fuit Triboniano *hunc titulum illi* subjicere. Est autem infamia: *Læsio existimationis, l. si furti 8. l. 17. C. hoc tit.* (2).

(1) Tit. 6. P. 7.

(2) L. 1. tit. 6. P. 7.

Alia est juris, alia facti (1). Prima contingit, quando existimatio læditur propter turpe factum, quod jure notatur: quæ vel ipso jure, vel per sententiam Judicis irrogatur, *l. 1. hoc tit.* (2). Secunda vero ob factum turpe, quod etsi jure non notetur, existimationem tamen apud honestos et graves viros onerat atque sugillat.

2 De infamibus jure longum recensum egit Julian. in *l. 1. hoc tit.* per hæc verba: *infamia notatur*, cæt. (3).

3 Præterea juris infamia notantur mulier libera corpore quæstum faciens, *l. pen. hoc tit. l. probrum 41. l. 43 §. 4. de rit. nupt.* in adulterio deprehensa, *d. l. 43. §. pen.* (4), improbum fœnus exercentes, *l. improbum 20. C. hoc. tit.* (5), à jurata transactione recedentes, *l. si quis 41. C. de transact.* (6), Advocati de quota litis paciscentes, vel in convitia prorumpentes, *l. si quis 5. l. 6. §. 1. C. de post.* (7), Judices qui pretio depravati, aut gratia perperam judicaverint, *l. 2. C. de pœn. judi. qui mal. jud.* (8), tutores et cupatores qui pupillam vel adultam, ante rationes redditas, sibi vel filio ipsorum in matrimonium collocaverint, *l. si tutor 7. C. de interd. matr. int. pupill.* et *tut.* milites aliena prædia conducentes, *l. ult. C. de locat.* et *cond.* (9), et demum omnes judicio publico damnati, *l. 7. de publ. jud. §. 2. Inst. eod.* Itemque rei criminis expilatæ hæreditatis, *l. si te 12. C. hoc tit.* sepulchri violati, *l. 1. de sepulchr. viol.* Si autem quis majori pœna afficiatur, quam legibus statuta est, cessat infamia, quasi duriori sententia transactum sit de existimatione, *l. 13. §. pen. hoc tit. l. 10. §. 2. de pœn* (10).

4 Cum facti infamia nascatur ex facto turpi legibus non notato, existimationem tamen apud graves et honestos viros lædente seu minuente, incongruum esset exempla ex legibus recensere, ut monet Heinn. *hoc tit. §. 409.* Palamque est, eam non pati spurios, *l. 26. de pœn.* carnifices, lictores, aliosque similia officia exercentes.

5 Præter infamiam est levis notæ macula, *l. 27. C. de inof. testam.* Hanc patiuntur spurii, *l. 3. §. 2. de decur.* ut monuimus in *Inst. tit. de inof. test. §. 1. n. 6.* bonis cedentes; his decoctis *l. 11. C. hoc tit.* junct. *nov. 135. in fin. pr.* et *cap. 1.*

9 Effectus infamiæ juris est, quod à postulando repellat, ut vidimus in *tit præced.* (11) Utriusque infamiæ juris scilicet et

(1) D. l. 1. tit. 6. P. 7.
(2) L. 4. junct. l. 5. d. tit. 6.
(3) L. 3. cum duab. seqq. tit. 6. P. 7. in quibus plurimæ etiam enumerantur ex ils quæ id num. 3. seu v. *Præterea* exprimuntur.
(4) D. l. 3.
(5) D. l. 4. d. tit. 6.
(6) D. l. 4.
(7) L. 14. tit. 6. P. 3.
(8) L. 24. tit. 22. P. 3.
(9) D. l. 4. tit. 6. P. 7.
(10) L. 6. d. tit. 6.
(11) L. 7. tit. 6. P. 7.

Digitized by Google

facti; quod minuat existimationem, *l. 5. §. 2. de extrordin. cogn.* (1); excludat à dignitatibus, *l. 2. l. 12. C. de dign.* (2); elevet testimonii fidem, *l. 3. l. 13. l. 21. de testib.* Et denique effectus levis notæ maculæ est, facere fratribus præteritis querelæ locum, si illa aspersi fuerint instituti, *l. fratres 27. C. de inoff. test.* item quod iidem non admittantur ad honores, aliis honestioribus extantibus, *l. 3. §. 2. de decur.*

7. "In Hispania *lex 3. tit. 1. lib. 5. Recop.* viduis permittit, ut intra annum à morte mariti numerandum, quem *luctus olim* appellabant, possint libere et impune alteri viro nubere absque ulla pœna infamiave; uti etiam viris eas uxores ducere. Correcta igitur est *l. 3. tit. P. 6.* quæ jus Romanorum probans, infamiam in casu isto irrogabat.

TITULUS TERTIUS.

DE PROCURATORIBUS ET DEFENSORIBUS.

Cod. lib. tit. 13. (3)

1 *Methodus.*
2 *Quid sit procurator, ejusque usus.*
3 *Duplex procuratorum divisio.*
4 et 5 *Qui mandato caret, tamquam falsus procurator non admittitur ad judicium: et personæ quæ excipiuntur, et admittuntur sine mandato, quomodo et quando.*
6 *Qui possint procuratores constituere, et qui prohibeantur.*
7 *Qui nequeunt procuratores constitui: et quid de feminis et militibus.*
8 *De defensoribus.*
9 *Quid hispanæ leges disponant in hoc argumento de minoribus et clericis.*
10 *Qui possint sine mandato admitti: et quod in Regiis Auditoriis certus procuratorum numerus statuis est.*

1. Præter Advocatos sunt et aliæ personæ quæ liti peragendæ incumbunt, procuratores scilicet et defensores: de quibus *hoc tit.* agitur.

2. Est autem procurator: *Qui aliena negotia mandatu domini administrat, l. 1. hoc tit.* (4): cujus usus perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi super-

(1) Pr. et. l. 1. eod.
(2) D. l. 7.
(3) Tit. 10. lib. 1. For. Reg. tit. 3. P. 3. tit. 24. lib. 2. Recop. tit. 24. lib. 2. senatus.
(4) L. 1. d. tit. 5. P. 3.

Digitized by Google

esse vel nolunp vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri, *d. l. 1. §. 1.* (1). De procuratoribus seu mandatariis extrajudicialibus sive ad negotia, satis agitur in *tit. Inst. de mand.* Quare duntaxat de judicialibus seu ad lites pauca *hic* delibabimus; et quidem hi sunt argumentum præcipuum *hujus tituli*: de cæteris ex professo tractatur *infr. lib. 17. tit. 1.* Olim constituti judiciales non poterant nisi in certis causis expressis à Justiniano in *pr. Inst. de iis per quos ag. poss.*

3 Procuratores sunt vel in rem alienam, ut regulare est, qui aliena negotia administrant in utilitatem: et nomine mandantis: vel in rem suam qui nomine quoque mandantis administrant negotia aliena, sed in utilitatem propriam, *l. si se 4. de re jud. l. 4. C. hoc tit.* quales sunt illi quibus actio cessa seu mandata est, *d. l. 4. C.* Rursus alii sunt generales; alii speciales (2).

4 Qui mandato caret, et falsus procurator invenitur, non admittitur ad judicium, *l. licet 24. C. hoc tit.* (3); nec quidem cum cautione de rato, quæ in iis duntaxat locum habet de quibus incertum est an mandatum habeant, *l. 1. eod.* quod adeo procedit, ut quæ cum falso procuratore gesta sunt, ipso jure sint nulla, *d. l. 24.* Excipiendæ tamen conjunctæ personæ enumeratæ in *l. sed: et hæ 35. hoc tit.* videlicet liberi, parentes, fratres, affines, (intelligerem in quasi linea recta, vel in laterali usque ad secundum gradum, ne plus tribuatur affinitati, quam cognationi.) et liberti: item consors ejusdem litis, si quidem post litem legitime ordinatam, cæteri abfuerint, *l. 2. C. de consortt. ejusd. lit.* (4), et maritus nomine uxoris agens, *l. maritus 21. C. hoc tit.* Qui omnes sine mandato admittuntur; sed non aliter quam caventes de rato, *l. 8. de negot. gest. d. l. 2. d. l. 21.* Animadvertendum autem, *d. l. 21.* quæ etiam maritum subjicit cautioni de rato, exaudiendam esse de casu quo maritus agat de bonis uxoris sibi non traditis; si enim egerit de paraphernalibus quæ recepit, prædicta cautione non oneratur, *l. ult. C. de pact. conven.* Vide Gothofr. in *d. l. 21.*

5 Monendi denique sumus in hoc argumento, eas personas in quibus mandatum non exigimus, repellendas esse si probetur contraria voluntas eorum pro quibus interveniunt, quamvis de rato cautionem offerant, *l. Pomponius 40. §. ult. hoc. tit.* (5), probatam vero censeri eam voluntatem ad cætereas causas, si ad unam mandatum susceperint. Hinc maritus id solum exequi poterit, quod procuratio emissa quam ab uxore acceperit, præs-

(1) Pr. eod.

(2) L. 13. junct. l. 17. tit. 5. P. 3.

(3) L. 10. eod.

(4) D. l. 10.

(5) D. l. 10. tit. 5. P. 3. V. *Fuerasende.*

Digitized by Google

cripserit, ut Constantinus statuit in *d. l.* 21. *C. hoc tit.*

6 Constituere posunt procuratores omnes nedum patresfam. sed etiam filiifam. in casibus scilicet, in quibus ipsi per se experiri valent, *l* 8. *hoc tit.* (1). Impuberes et minores non nisi tutore vel curatore auctore, *l. neque* 11. *C. hoc tit.* (2), obtenta tamen victoria per procuratorem sine auctoritate tutoris vel curatoris constitutum, minoribus prodest, *l.* 14. *eod.* (3): quia ut ibi ait Gordianus: *Minoribus ætas in damnis subvenire: non in rebus prospere gestis obesse consuevit.* Ipsi tutores et curatores ante litis contestationem actorem duntaxat constituere possunt, non vero procuratorem, nisi post litis contestationem (4), tunc enim ad exemplum procuratorum qui litem contestati sunt, dare procuratores non prohibentur, *d. l.* 11. *C. hoc tit.* Rationem habemus in *l. procuratoribus* 22. et *seq. eod.* quia videlicet, procurator per litis contestationem fit dominus litis; procurator autem est qui mandatu domini rem administrat, ut diximus *supr. n.* 2. ex *l.* 1. *hoc tit.* Infantes, mente captos, aliosque his similes non posse procuratores constituere, superfluum est monere.

7 Similiter nequeunt procuratores constitui hi quos modo retulimus (5), utpote natura inhabiles ad negotia gerenda. Minores autem 25. ann. non prohibentur, si annum decimum septimum excesserint, §. 5. *Inst. qui et quib. caus.* arg. *l.* 1. §. 3. *de postul.* Jus autem canonicum à mandato ad lites removet minores 25. annis *cap.* 5. §. 2. *de procur. in* 6. Prohibentur feminæ, *l.* 2. *de divers. reg. jur.* nisi in rem suam constituantur, *l.* 4. *C. hoc tit.* vel pro parentibus causa cognita; si forte parentes morbus aut ætas impediat, nec quemquam, qui agat, habeant, *l. feminas* 41. *hoc tit.* (6). Milites, nisi etiam in rem suam, vel communem numeri sui causam persequantur, vel si impedimentum tempore litis contestatæ, quocumque casu prætermissum sit, *l. filiusfamilias* 8. §. 2. *eod. l.* 9. et *l.* 13. *C. eod.* (7); Decuriones, *l. Curialis* 30. *C. de locat. l.* 34. *C. de Decurion.* Clerici, *nov.* 123. *cap.* 6 (8); Potentiores, *l.* 2. *C. ne. lic. potent* (9); qui Reipubl. causa abfuturi sunt, vel magistratum inituri, *l. neque* 54. *hoc tit.* Et denique Fiscus, *l.* 3. *C. ne Fisc. vel Reipubl.* Quomodo finiatur mandatum seu procuratio, et quam cul-

(1) L. 2. eod.
(2) L. 3. eod.
(3) D. l. 3.
(4) D. l. 3. tit. 5. P. 3. Usu tamen receptum est, ut tutores et curatores etiam ante litem constituant procuratores.
(5) L. 5. eod.
(6) D. l. 5.
(7) L. 6. *cum* seq. d. tit. 5. P. 3.
(8) L. 5. eod.
(9) L. 8. eod.

Digitized by Google

pam procuratores teneantur præstare; satis actum in *Iust. in tit.*) *de mand.*

8 Superest ut de defensoribus pauca, quæ monenda sunt, breviter tradamus. Defensor in latiori sensu seu in genere dicitur: *Quicumque ad agendum vel defendendum aliquem eligitur, l. munerum 18. §. 13. de muner. et honor.* atque ita procuratores etiam sunt defensores. At stricte et in specie ille appellatur: *Qui reum defendit*, sicque acceptus procuratori non semel opponitur, *l. nam. 9. §. 6. l. jusjurandum 34. §. 3. de jurejur.* et demum si strictius loqui volumus, ille vocatur defensor: *Qui reum sine mandato defendit, l. Titius 76. hoc tit. §. 5. Inst. de satisdat.* Qui sine cautione *judicatum solvi* non admittitur; quia nemo alienæ litis idoneus defensor sine satisdatione intelligitur, ut dixit Justin. in *d. §. 5.* (1) Et cum satisdedit loco domini habendus est, *d. l. 76.* seu vicem domini subit, adeo ut et actio judicati non in reum, sed in ipsum detur, *l. si procurator 28. l. 61. hoc tit.* et beneficia rei ipsi prosint, *l. minor 51. §. 1. eod.* Unde minor 25. annis ex quibus casis in integrum restitui potest, defensor idoneus non est, *d. l. 51.* Et tandem prætereundum non est, defensorem quando actione in rem convenitur, ad præstandam cautionem de rato etiam obstringi, *l. 40. §. 2. hoc. tit.*

9 "In Hispania *l. 19. tit. 5.* »*P. 3.* ad officium procuratoris »ad negotia 17. annos requirit, »ad lites vero 25. quod utrumque »de annis completis intelligen»dum. Et ex clericis eos duntaxat »prohibet procuratores esse *lex 5.* »*eod.* qui in sacris ordinibus fue»rint constituti; hosque ipsos es»se posse permittit in causis pro»priæ Ecclesiæ, Prælati, vel Re»gis. *Senatusc.* vero 1. *tit. 3.* »*lib. 1.* generaliter vetat Reli»giosos procuratores esse, nisi in »causis sui Ordinis, et de licen»tia Prælati antea exhibenda.

10 »Præterea *l. 10. d. tit. 5.* »*P. 3.* statuit, admittendos esse »ad agendum procuratorio no»mine sine mandato, cognatos »usque ad quartum gradum, et »affines: uti etiam maritum, li»bertos et consortes ejusdem rei; »caventes tamen de rato. Memi»nisse vero oportet, statutum »esse jure recentiore, *ll.* nimi»rum 1. et 2. *tit. 24. lib. 2. Re»copil.* ut in Regiis Auditoriis »(*Audiencias*) certus numerus »procuratorum constituatur auc»toritate publica, qui et non »alii nomine procuratorio agere »valeant, et quidem cum man»dato et non aliàs. Et insuper »ut nulla eorum postulatio in »judicio admittatur, quin man»datum quo uti volunt, muni»tum appareat subscriptione Ad»vocati, qui illud sufficiens esse »testetur. *Has* autem *leges* lo»qui de procuratoribus late ac»ceptis, tam scilicet rei quam »actoris, ex ipsis patet.

(1) L. 10. l. 21. eod.

Digitized by Google

TITULUS QUARTUS.

QUOD CUJUS UNIVERSITATIS NOMINE, VEL CONTRA IPSAM AGATUR.

1 *Quid sit Universitas: et quæ requirantur ut legitima sit.*
2 *Qui possint eligere syndicum seu procuratorem Universitatis; et quæ in electione observanda.*
3 *Quæ servantur in constituendis procuratoribus privatorum, locum etiam in syndico Universitatis habent.*

1 Procuratores Universitatis appellantur *sindici* seu *actores*. Est autem Universitas: *Congregatio hominum, certo sub regimine adunata, communis commodi gratia.* Ut legitime coeat summæ potestatis permisio necessaria est, *l. 1. hoc tit.* (1) quæ privata auctoritate sociata est, illegitima dicitur: de qua in *tit. de colleg. et corp. illic.* agitur. Legitimæ, quocumque nomine donetur: *collegii, societatis, civitatis,* aliorumve similium, permissum est, ad exemplum Reipublicæ, habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat, *d. l. 1. §. 1.* (2) Ut autem constituatur Universitas, tres personæ requiruntur, *l. Neratius 85. de verb. sign.* sed ut conservetur unus sufficit, *l. sicut 7. §. 2. hoc tit.* Et licet omnes immutati fuerint, eadem semper est, *d. §. 2.* et late Alfenus in *l. proponebatur 76. d. judic.*

2 Cum syndicus sit procurator Universitatis, ab ipsa Universitate, seu iis quibus ea id negotii dederit, eligendus est, *l. 6. §. 1. hoc tit.* (3); nisi aliquis fuerit lege constitutus, *l. 3. eod.* Ad electionem vocandi omnes qui jus habent sufragii, arg. *l. 2. C. de decurion.* sufficit autem ut duæ partes adsint, *d. l. 3.* hunc-que numerum ipse qui eligitur complet, *l. 4. eod.* et patris suffragium prodest filio, et vice versa, itemque eorum qui in ejusdem potestate sunt, *l. 5. d. l. 6. eod.* cujus rationem tradit Paulus in *d. l. 6.* quia nimirum quasi Decurio suffragium dedit, non quasi domestica persona. Additque, hoc etiam servandum in honorum petitione, nisi lex municipii, vel perpetua consuetudo prohibeat. At ut alicui suum proprium prosit suffragium, sive in syndici munere decernendo, sive in alio quolibet, jus Romanorum vetat, ut probat Voet *hoc*

(1) L. 1. *cum* duab. seqq. tit. 14. lib 8. Recop.
(2) L. 2. tit. 5. P. 3. l. 13. tit. 2. d. P. 3.
(3) D. l. 2. tit. 5. P. 3.

Digitized by Google

tit. n. 7. per *l. ult. de off. Præt. l. 5. de off. Præs. l. 4. de tut. et cur. dat.* Jure tamen canonico cautum invenimus in *cap. 33. extra de elect. et elect. pot.* ut dum suffragia sunt paria, possit is cui suffragii jus est efficere, ut suo assensu seu suffragio numerum augeat, et extraneo competitori præferatur.

3 Quia Universitas vice personæ fungitur, *l. 22. de fidejuss.* quæ constituta sunt de procuratoribus personarum, de quibus *tit. præced.* egimus, locum etiam habent in syndicis. Unde et cautionem de rato præstabunt, si agant, et de decreto quo fuerint constituti, dubitetur, *d. l. 6. §. 3. hoc tit.* Licet autem ad agendum nomine Universitatis solum syndicus seu actor admittatur, eam tamen defendere quilibet extraneus potest, sicut in privatorum defensoribus observatur: quia ut ait Gajus in *l. 1.* in *fin eod.* eo modo melior conditio Universitatis fit. Subjicietur vero defensor iste cautioni judicatum solvi, per ea quæ diximus *tit. præced. num. 8.*

TITULUS QUINTUS.

DE NEGOTIIS GESTIS.

Cod. lib. 2. tit. 19.

Exposuimus *hujus tit.* argumentum in *pr. Inst. de obl. quæ quasi ex contr. nasc.* et vide etiam quæ diximus in *rubr. ej. tit.*

TITULUS SEXTUS.

DE CALUMNIATORIBUS.

Cod. lib. 2. tit. 46.

1 *Variæ significationes hujus verbi* calumniator; *et quænam hujus loci, cum definitione exposita.*

2 *et 3 De actione quæ datur adversus calumniatorem.*

1 Voluit Justinianus agere in *hoc tit.* de calumniatoribus, quia nonnumquam qui in judicio agunt, calumniantur. In criminalibus ille appellatur calumniator: *Qui falsa crimina intendit, l. 1. §. 1. ad senat. Turpil.* Cajus in *l. si cavilletur 233. de verb. sign.* ait calumniatores appellari eos, qui per fraudem et frustrationem alios vexant litibus. *Hic* autem pressius sumuntur, ut ille calumniator dicatur: *Qui ut ca-*

Digitized by Google

lumniæ causa negotium faceret, (litem moveret) *vel non faceret*, (vel non moveret) *pecuniam accepit*, *vel depectus est*, id est, *turpiter pactus*, *l. 1. l. 3. §. 2. hoc tit.* Pecuniam autem accepisse dicemus, etiamsi, aliquid pro pecuniam acceptum, *l. 1. §. 4. hoc tit.* quod scilicet in patrimonio sit *l. 5. de verb. sign.* Quin etiam idem erit dicendum si quis obligatione liberatus sit, vel ei pecunia gratuita utenda data, aut res minoris locata venditave fuerit, *l. 2. hoc tit.* Et generaliter, si aliquid compendii seu lucri propter hoc sensit, sive ab adversario, sive ab alio quocumque, *l. 3. eod.* Teneturque sive steterit promissis de faciendo, vel non faciendo, sive non, *d. l. 3. §. 1.*

2 Contra eum qui ita fuerit calumniatus, Prætor actionem in factum dedit, intra annum in quadruplum ejus pecuniæ quam accepisse dicetur, post annum in simplum, *d. l. 1. eod.* (1) Quæ actio et in hæredem competit in id, quod ad eum pervenit: quia turpia lucra hæredibus quoque extorquenda, ut ait Ulpian. in *l. in hæredem 5. eod.* (2), et nedum habet locum in causis pecuniariis, sed etiam ad publica crimina pertinet, *d. l. 1. §. 1 hoc tit.*

3 Datur autem ei, propter cujus negotium faciendum vel non faciendum pecunia data est, sive ab alio, sive à semetipso; quare si quis et à te pecuniam accepit, ut mihi negotium faceret, et á me, ne mihi faceret duobus judiciis mihi tenebitur, *d. l. 3. §. 3.* non autem meo hæredi; quia sufficit ei, quod eam pecuniam, quam dedi, repetere per conditionem potest, *l. 4. eod.* et *ibi* glos. Idemque erit dicendum de eo, qui bona fide dedit, ne alteri negotium fieret, *l. 7. eod.* non autem si calumniæ causa dederit: quia turpiter fecit, et condictio tantum competit, quando sola turpitudo accipientis versatur, *d. l. 3. §. 3. l. 5. §. 1. eod.*

LIBER IV.

TITULUS PRIMUS.

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS.

Cod. lib. 2. tit. 53.

1 *Quid sit in integrum restitutio, et qua ratione introducta est.*

2 *Alia est gratiæ seu perso-*

(1) L. 22. tit. 1. P. 7. v. *Pero si este.*

(2) L. 3. tit. 15. P. 7.

Digitized by Google

nalis, alia justitiæ seu realis.

3 *Causæ quæ restitutioni locum faciunt.*

1 Utilitas *hujus tituli* non eget commendatione: ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariàm Prætor hominibus lapsis vel circumscriptis subvenit, ut ait Ulp. in *l.* 1. *eod.* Quia ergo sæpe suadet æquitas ut negotium stricto jure validum, ob alicujus læsionem rescindatur, introductum est restitutionis in integrum remedium, quod nihil est aliud quam: *Reintegrandæ rei vel causæ actio*, Paul. *lib.* 1. *sent. tit.* 7. *in pr.*

2 Restitutio in integrum, alia est gratiæ seu personalis, qua ob delictum aliquod damnati ex indulgentia Principis in pristinum statum restituuntur, *l. Divi* 27. *de pœn.* de qua in *tit. de sententent. pass.* loquemur. Alia justitiæ seu realis, quæ ob læsionem bonorum ex causa justitiæ à Judice conceditur: quæ argumentum est *hujus tit. et aliquot seqq.*

3 Justæ autem causæ, quæ huic remedio locum faciunt, sunt, metus, dolus seu calliditas, ætas, status mutatio seu capitis deminutio, absentia, justus error, et alienatio judicii mutandi causa facta, *l.* 1. *l.* 2. *hoc tit. et tot. tit. de alienat. jud. mut. cau. fac.* Quas singulas in *seqq. titulis* seorsum exponemus. In illa quæ ab ætate provenit, quia frequentior est, longiores erimus, plura quæ cæteris etiam sunt communia, *ibi* recensentes et examinantes.

TITULUS SECUNDUS.

QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT.

Cod. lib. 2 *tit.* 20.

1 *Prima restitutionis causa est metus; et quid sit metus, quidque vis.*

2 *Regulare est, ut quæ metu fiunt, valeant ipso jure.*

3 *Quisnam metus restitutioni locum faciat.*

4 *Quando competat actio* quod metus causa; *et quando exceptio.*

5 *Cui detur et adversus quem.*

6 *Effectus hujus actionis.*

7 *Recensentur ea, quæ metu gesta, sunt nulla ipso jure.*

1 Prima restitutionis in integrum causa est *metus.* De eo Prætor ita edicto suo: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edixerat: *Quod vi metusve causa*: sed postea detracta est *vis* mentio: quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur, *l.* 1. *hoc tit.* ubi metus ita definitur: *Instantis, vel futuri periculi causa, mentis trepidatio.* Vis autem est: *Majori rei impetus, qui repelli non potest*, *l.* 2. *eod.*

2 Quæ metu fiunt (nonnullis exceptis, de quibus postea) ipso jure valent: quia qui metu facit, id vult quod facit, cum voluntas coacta voluntas sic, *l. si mulier 21. §. 5. hoc. tit.* Cæterum quia hæc voluntas nec plena est; nec libera, metuque cessante nulla fuisset, hinc æquitas restitutionis, qua quod ita gestum rescinditur, *d. l. 21. §. 5.* (1).

3 Metus autem intelligendus est, non qualiscumque, sed gravis seu justus, qui cadit in virum constantem, ut mortis, verberum, servitutis, aliorumque similium, *l. 3. §. 1 l. 4. l. 5. l. 6. eod.* (2); atque id obtinebit etiamsi à Magistratu seu Judice proveniat, qui nempe per injuriam illum intulerit; non vero si licite vi jurisdictionis seu honoris quem sustinet, eum intulit, *d. l. 3. §. 1.* Quare vani timoris ratio non habetur, atque illius excusatio nulla est, *d. l. 6. eod. l. vani 184. de div. reg. jur.* (3). Nec interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur, ut ait Paulus in *l. isti 8. §. 3. hoc tit.* Metum denique accipere debemus præsentem, non suspicionem inferendi ejus. Unde si fundum meum dereliquero, audito quod quis cum armis veniret, huic edicto non erit locus, *l. 9. eod.*

4 In negotiis perfectis, quæ scilicet suum effectum jam sunt sortita, tribuitur læso actio *quod metus causa*, ut rem suam recuperet; in imperfectis vero exceptio. Sed interdum in utrisque et actio datur, et exceptio, *d. l. 9. §. 3.*

5 Hæc actio prætoria est et arbitraria, et competit per metum illicitum et gravem læso, ejusque successoribus, quoniam rei persecutoria est, *l. quod. 16. §. 2. eod.* nedum adversus eum qui metum intulit sive possideat, sive non possideat; sed etiam adversus quemque rei extortæ possessorem, *l. 9. §. ult. l. 14. §. 3. et 5. eod.* Quia ut ait Ulpianus in *d. §. 3.* non quæritur in hac actione, utrum is qui convenitur, an alius metum fecit, sufficit enim docere, metum sibi illatum esse: et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine careat, lucrum sensisse. Unde actio ista ex earum est genere quæ in rem scriptæ dicuntur, et in quemcumque possessorem dantur, *d. l. 9. §. ult.* Tenebitur igitur ea etiam ille qui bona fide rem possidet, quia eam comparavit, dono accepit, aut ipsi legata est, ut ex Viviano docet Ulp. in *d. l. 14. §. 5.* ubi et ratio: *ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit.* Non autem tenentur hæredes nisi quatenus ad eos pervenit, *d. l. 16. §. 2.* cum *seq. eod.*

6 Hujus actionis effectus est, ut res restituatur cum omni cau-

(1) L. 56. tit. 5. P. 5. et ibi *Greg. Lop.* glos. 1 l. 28. tit. 11. P. 5. et ibi *Lop.* glos. 5.

(2) L. 7. tit. 33. P. 7.

(3) D. l. 7.

Digitized by Google

sa, id est, cum omnibus accessionibus et fructibus; nec solum restituendi qui percepti fuerunt; verum si plus percipere potuit læsus, et per metum impeditus sit, *l. 12. eod.* Si quis condemnatus non restituerit, in quadruplum intra annum condemnabitur, et post annum in simplum, *d. l. 14. §. 1.* Sed annus jure novo mutatus est in quadriennium continuum in omnibus in integrum restitutionibus, *l. ult. C. de temp. in integr. restit.*

7 Restat ut ea quæ metu gesta, ipso jure sunt nulla, censeamus, ut *supra* promisimus *n.* 2. Sunt autem hæc: dotis promissio, *d. l. 21. §. 3. hoc tit.* nuptiæ, *l. neque 14. C. de nupt.* auctoritas tutorum, *l. 1. §. 1. de auct. et cons. tut.* testamentum, arg. *l. qui 20. §. 10. qui testam. fac. poss. l. 1. C. de sacros. Eccl.* datio libertatis, si ipse servus, vel populus dominum ad manumittendum coegerit, *l. ille 9. l. 17. qui et à quib. manum.* Ratio est: quia in his rebus difficilis nimis esset restitutio, ut ostendit Voet *hoc. tit. n. 15.* De doli mali, et metus exceptione agitur *lib. 44. tit. 4.*

TITULUS TERTIUS.

DE DOLO MALO.

Cod. lib. 2. tit. 21. (1).

1 *Secunda restitutionis causa est dolus malus: et quid sit; et quomodo semper sit personalis.*

2, 3 et 4 *De dolo dante causam contractui, et de incidente in contractum.*

5 et 6 *De actione competente dolo deceptis.*

7 *In Hispania omnes contractus sunt bonæ fidei.*

1. Secunda restitutionis causa est *dolus malus* seu *calliditas.* De ea Prætor sic edicto cavit: *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur judicium dabo, l. 1. §. 1. hoc tit.* Non fuit contentus Prætor *dolum* dicere, sed adjecit malum: quoniam veteres *dolum* etiam *bonum* dicebant, et pro *solertia* hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur, *d. l. §. 3.* (2); de quo *hic* non loquimur. *Dolus* autem *malus*, qui locum restitutioni facit, est: *Omnis calliditas, fallacia seu machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*, ut Ulpiano probante definit Labeo, *d.*

(1) Tit. 16. P. 7.

(2) L. 2. tit. 16. P. 7. 1 (1)

l. 1. §. 2. (1). Ex definitione patet *dolum malum* personalem esse: nonnumquam tamen ex re ipsa est, ac in læsione inmodica consistit, etiam sine concurrente lædendi proposito, si initium negotii respicias: quo casu res ipsa in se *dolum* habere dicitur, et qui ita petit, dolo petit, *l. si quis 36. de verb. obl.* Unde tali petitione dolus personalis evadit, qui antea non erat.

2 Dolus alius est *dans causam contractui*, alius *in eum incidens*. Dicitur dolus dare causam contractui: *Cum quis dolo ad contrahendum inducitur, qui aliàs contracturus non fuisset.* Hic dolus nullos reddit contractus bonæ fidei, *l. et eleganter 7. hoc tit. l. 16. §. 1. de minor. l. 3. §. ult. pro soc.* cum *similibus.* Nec contrarium suadent *l. 12. §. 1. de jur. dot.* et *l. 5. C. de rescin. ven.* Quia intelligendæ de rescissione quoad solam traditionem seu possesionem quatenus solum facti est, et penes emptorem nullo jure erat: vel loquuntur lato modo, quia nonnunquam improprie in jure dicitur rescindi id quod ipso jure nullum est, seu patet ex *l. etsi 9. C. de præd. et aliis reb. minor.*

3 Dolus incidens in contractum adest: *Cum quis sponte contrahens in ipso contractu decipitur, l. 11. §. 5. de act. empt.* Qui non reddit contractum ipso jure nullum, sed etsi is fuerit bonæ fidei, purgatur actione ex ipso contractu descendente, *l. 7. in pr.* et *§. 3. hoc tit.* cum *simil.* vel exceptione doli, quæ bonæ fidei contractibus inest, *l. hujusmodi 84. §. 5. de leg. 1. l. 21. solut. mat.* et *passim.*

4 Contractus vero stricti juris valent ipso jure etiamsi dolus causam contractui dederit; et si alia actio non detur, actio vel exceptio de dolo necessaria est læso, *l. 22. l. 36. de verb. obl. d. l. 7. §. 3. hoc tit.* Discriminis ratio ea esse videtur, quia licet dolus consensum omnino non tollat, eum tamen tollit quem contractus bonæ fidei requirunt, pleniorem scilicet et uberiorem. Unde actio ad rescindendum contractum in quo dolus intervenit, dumtaxat in iis qui stricti juris dicuntur, locum habent. Quinam autem hi sint, disce ex iis quæ diximus in §. 28 *Inst. de act.* ubi has differentias exposuimus.

5 Actio ista prætoria est, personalis et arbitraria competens dolo deceptis et læsis, eorumque hæredibus, *l. 1. l. 17. hoc tit.* (2). Datur autem in solidum adversus omnes decipientes, *l. si plures 17. eod.* (3), et contra eorum hæredes quatenus ad eos pervenit, vel dolo malo fecerint quominus pervenerit, *d. l. 17. §. 1. l. 26. l. 27. eod.* (4), per quas temperanda *d. l. 17. eod.* non autem adversus tertium possessorem: quia ut ait Ulpian. in

(1) L. 1. eod.
(2) L. 3. tit. 16. P. 7.
(3) D. l. 3.
(4) D. l. 3.

l. 13. §. ult. eod. in hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit: quamvis in metu non sit necesse. Sed et requiritur ut comprehendatur quid dolo malo factum sit: nec enim licet actori in tanto crimine vagari, *l. 16. eod.*

6 Effectus hujus actionis idem ac præteritæ actionis à nobis traditus in *tit. præced. n. 6.* hoc unum interest, quod hac condemnatus si non restituerit, nunquam damnatur in quadruplum, sed quanti interest actoris secundum jusjurandum ab ipso præstitum, taxandum seu refrænandum à Judice, *l. arbitrio 18. hoc tit.* et *ibi* Glos. quæ acute distinguit.

7 "In Hispania cum omnes "actiones et contractus sint bo"næ fidei, ut diximus in §. 28. "*Instit. de action.* omnes omni"no contractus quibus dolus cau"sam dederit, nulli erunt.

TITULUS QUARTUS.

DE MINORIBUS XXV. ANNIS.

Cod. lib. 2. tit. 22. (1).

1 *Ratio hujus restitutionis, et quis dicatur minor.*

2 *Quomodo probetur minor ætas, et cui incumbat eam probare.*

3 *Cui incumbat, probare minorem fuisse læsum.*

4 *Quando contingat læsio, quæ restitutioni locum facit, et quod eam non impediunt interventus curatoris, nec Magistratus decretum.*

5, 6 et 7 *Conceditur restitutio adversus donationem, venditionem, etiam pignorum, licitationem et electionem, et quomodo.*

8 *Datur quoque adversus transactionem, divisionem, solutionem, dotem.*

9 *Jure novo non datur contra usucapionem, seu præscriptionem ordinariam, conceditur vero contra præscripiones 30. vel 40. annorum.*

10 *Tribuitur restitutio adversus omisionem et acquisitionem hæreditatis.*

11 *Etiam datur contra allegationem, confessionem, et rem ipsam judicatam.*

12, 13 et 14 *Adversus quos competat.*

15 et 16 *Effectus restitutionis.*

17 *De expensis.*

18 *Intra quod tempus implorietur restitutio, et quomodo computandum.*

19 et 20 *Restitutionis auxilium transit ad hæredes, et particulares succesores ex titulo lucrativo.*

(1) Tit. 19. P. 6.

21 *Regulare est ut non prosit fidejussoribus minoris, et quando prosit.*

22 *Conceditur causa cognita.*

23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 *et* 30 *Semper datur, nisi exprese negetur: et casus in quibus negatur.*

31 *et* 32 *Duæ quæstiones examinantur.*

33 *Dicta hucusque extendunturad alios qui* hic *recensentur.*

34, 35, 36 *et* 37 *Specialia in Hispania.*

1 Quia minorum xxv. ann. consilium fragile est atque infirmum, multisque captionibus suppositum, jure merito Prætor ipsis læsis auxilium pollicetur, *l. 1. hoc tit.* restitutionis scilicet in integrum, *l. 8.* et passim *eod.* (1). Ut autem huic remedio sit locus, debe ipse minor probare, et se minorum xxv. ann. et læsum esse (2). Minor in hoc argumento dicitur: *Qui annum xxv. non complevit*, etiam die natalis sui ante horam qua natus fuit, ut à momento in momentum spectetur tempus (3). Et si anno bissexto natus sit, sive priore, sive posteriore die nihil refert: quia id biduum pro uno die habetur, et non prior, sed posterior Kalendarum dies intercalatur, *l. 3. §. 3 eod. l. 98. de verb. sign.* ut proinde dies 29. Februarii censeatur 28. Hoc tamen intellige, nisi veniam ætatis impetraverit; nam qui impetraverunt, quoad hoc beneficium, quod eis denegatur, majores æstimantur, *l. 1. C. de his qui ven. ætat. impet.*

2 Minor ætas probatur nedum per testes, verum etiam per scripturam nativitatis, *l. 2. §. 1. de excus.* et per professionem parentum nativitatis tempore apud acta factam, *l. 16. de probat. l. 6. C. de fide instr.* de qua vide Goth. in *ead. l. 6.* Hodie vero cessante hac professione, probabitur quoque per libros baptismatis, quos Christiani in usu habemus, Lara *de vita hom. cap. 13 n. 19.* Rebuf. *tract. de restit. tom. 2 art. 1. glos. 3. n. 2.* Idemque dicendum de privata illa annotatione, qua nonnulli parentes liberorum nativitatem, et alia notabilia familiæ observare solent, maxime si ipsis defunctis producantur, vide Mascard. *de probat.* prolixe de hoc agentem à *concl. 668. usque ad 680.* Numquam tamen admittendum parentum testimonium eo interpositum tempore, quo de restitutione controversia est, aut prævideri potest per *l. 9. de testibus.* Hæc autem probatio ipsi restitutionem petenti incumbit, sive agendo eam imploret, sive conventus exceptione ætatis se cupiat tueri, *l. si minorem 4. C. hoc tit.* Ratio hujus duplex: prima, quia utroque casu qui se minorem dicit, fundamentum in ætate consti-

(1) Pr. tit. 19. P. 6.

(2) L. 2. l. 6. in fine eod. l. 4. tit. 14. P. 3.

(3) D. l. 2.

Digitized by Google

tuit; neque minus reo incumbat exceptionis probatio, quam actori intentionis, *l. si pactum 9. de probat. l. 1. de except.* Secunda, quia præsumpto contra eum est, cum unusquisque præsumatur habilis ad id, quod gessit; ille autem cui contraria est præsumptio onere probandi adstringitur, etsi aliàs ab eo liber esset, *d. l. 9. de probat.* Rebuf. *ubi sup.* Mascard. *conclus. 667.* Menoch. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 50. n. 6. et seqq.*

3 Et quia neque læsio præsumitur, eisdem rationibus eam quoque probare minor cogitur, *l. nam. 9. §. 4. de jurejur. l. 5. C. hoc. tit.* Quandoque tamen contra res se habet, quoties scilicet ea minor gessit, quæ natura sua damnosa sunt, ut putà si fidejusserit aut donaverit. Finge etiam, mutuam eum accepisse pecuniam (quæ quantum adolescentibus perniciosa sit, senat. Macedonianum ostendit), dicemus creditori incumbere onus probandi, nummos creditos in minoris utilitatem fuisse conversos, *l. 1. C. si advers. credit.* Vide Fachin. *lib. 2. contr. cap. 46.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 27. n. 10.* Mascard. *concl. 1166.* cum *duab. seqq.* Lara in *comp. de vit. hom. cap. 25. à n. 18.*

4 Læsio, quæ restitutioni locum facit, minoribus contingit, non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur; sed etiam cum interest ipsorum, litibus et sumptibus non vexari, *l. 6. hoc tit.* et generaliter quando quod habuerunt, amiserunt; aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserunt; aut se oneri quod non suscipere licuit, obligaverunt, *l. non omnia 44. eod.* (1), sive id evenerit dolo adversarii, sive absque eo sola ipsorum minorum inconsulta facilitate, *l. 7. §. 7. l. verum 11. §. 4. eod. l. 5. C. eod.* Et tam ipsis contrahentibus, quam aliud negotium gerentibus, *d. l. 7.* Et nedum in extrajudicialibus, sed etiam in judiciis, dum vel agendo, vel conventi capti fuerint, *d. l. 7. §. 5.* Idemque dicendum licet tutoris curatorisve auctoritas intervenerit, *tot. tit. C. si tut. vel. curat. interv.* (2), et pater ipse minoris ut tutor ejus legitimus auctoritatem præstiterit, *l. 29. hoc tit.* Imo etsi decretum Magistratus sit interpositum, *l. si quidem 11. C. de præd. et aliis reb. minor.* quia decretum non avertit omnifariam læsionem; sed potius ad probandam justam alienationis causam adhibetur. Parce tamen et circumspecte indulgendas restitutiones post decreti interpositionem; ipsa minorum utilitas exigit; alioquin namque ob nimium restitutionis timorem eveniret, ut nullus ad eorum rerum emptionem accedere auderet, ut ex *d. l. 11. C.* et *d. l. 7. §. 8. hoc tit.* recte monet Parlador. *lib. 2. rer. quotid. cap. ult. §. 13. n. 18.*

5 Competet igitur minoribus restitutio adversus donationem, *l. 4. C. de inoff. donat. tit. C. si adv. donat.* etiamsi à

(1) L. 5. tit. 19. P. 6.

(2) L. 3. tit. 19. P. 6.

patre sit facta de rebus minoris præbente hoc donationi consensum, *l. 2. C. eod.* Cujac. in *d. tit. C. si adv. donat.* et adversus venditionem *l. pen. hoc tit.* in qua, grande damnum, quod expressit Ulpianus, non minimum interpretatur Glossa, *tit. C. si adv. vend.* ubi bene advertit Cujac. quod licet *titulus* loquatur tantum de venditione, porrigitur ad emptionem, ceu patet ex *l. patri 27. §. 1. hoc tit.* Et quia in lucro quoque minori succurritur, si res ejus venierit, et existat qui plus liceatur, in integrum propter lucrum restituetur, ut rursum admittatur licitatio: hoc tamen circumspecte etiam faciendum, quia aliàs, ut modo diximus, nemo accederet ad emptionem rerum minorum, nec si bona fide distrahantur, ut monet Ulp. in *d. l. 7. §. 6.* et *8. hoc tit.* Unde existimare licet, dumtaxat hic minorem restituendum quando grande sit lucrum, quod ipsi obventurum est: et forte de hoc casu exaudienda est *d. l. pen. eod.* (1). Ob eamdem rationem ei restitutio indulgetur, si facultate eligendi sibi concessa, rem deteriorem seu non meliorem elegerit, *d. l. 7. §. 7.* (2). Circa venditionem autem aut distractionem pignorum cum distinctione procedendum: aut enim minor ipse pignus contraxit, aut ejus pater antecessorve alius cui ille hæredes extitit. Priori casu restitutioni locus est ut in cæterarum rerum venditione, *l. 7. §. 1. de distract. pignor.* in secundo non item, *l. 2. C. si advers. vend. pignor.* Nam hoc casu, ut in *ead. l. 2.* Diocl. et Maxim. ajunt, si creditor non bona fide versatus est, ipsum magis, vel tutores aut curatores, qui pignus venundari passi sunt, conveniet minor, ut nempe damnum ipsi sarciant, salva tamen manente venditione. Duos tamen casus hic excipi Interpp. volunt ex *d. l. 2.* et ex *l. 2. C. de præd. et aliis reb. minor.* unum si magnum fuerit minoris detrimentum: aliud si in fraudulenta pignoris venditione emptor particeps consilii sit, Gloss. in *dd. ll.* Cujac. in *recitat. ad d. tit. C. de præd. et aliis reb. minor.*

6 Neque supra traditæ distinctioni adversatur *l. Æmilius 38. hoc tit.* ubi Imperator (Antoninus) improbavit sententiam, qua Prætor restitutionem denegaverat puellæ, cujus pater fundum cum pacto legis commissoriæ emerat, quia, ut ait Paulus, plurimæ speciales rationes in eo facto aderant, quas recenset, et animum Imperatoris potuere in contrarium movere; ut iste casus specialis sit: vide Glos. in *d. l. 38.*

7 Quæ diximus, de pignore conventionali intelligenda sunt. Si vero pignus prætorium seu judiciale fuerit, facile restituetur minor, ut pecuniam ex venditione pignoris redactam percipiat: eo autem effectu ut pi-

(1) L. 3. tit. 19. P. 6.

(2) Dol. 5.

gnora seu corpora distracta recuperet, non aliàs quam si grande sit minoris damnum, *l. si ex causa 9. hoc tit.* et *ibi* Glos. ex qua explicandæ *l. pen. eod.* et *l. 1. C. de præd. et aliis reb. min.*

8 Impertienda quoque est minori restitutio adversus transactionem ac divisionem. Quando autem id evenerit, non est prohibendus adversarius, ut actionibus, quas pridem ante transactionem, aut divisionem habebat, utatur, *l. 1. C. si adv. transact. vel divis.* Et adversus solutionem minori vel à minore factam, *tit. C. si adv. solut.* uti etiam adversus dotem, *tit. C. si adv. dot.* Circa solutionem tamen vide quæ dicimus. §. *ult. Inst. quib. alien. lic.*

9 Contra usucapionem verò jure novo non datur, postquam Justinianus in *l. ult. in quib. cas. in int. restit. nec. non est*, statuit præscriptiones ordinarias minoribus non currere: quà abrogatæ censendæ leges vetustiores contrariæ, ut notarunt Perez in *C. si adv. usucap. in fine*, Gom. *2. var. cap. 14. n. 3.* aliique. Quia vero laudata *lex ultima* præscriptiones 30. vel 40. annorum in suo pristino statu reliquit, minoribus current; et restitutio adversus eas locum habebit, idem Perez *ubi supra.* (1).

10 Præterea adversus omissionem acquisitionemque hæreditatis restitutio indulgenda, *tit. C. si minor. ab. hæred. se abstineat*, et *tit. seq. l. 7. §. 9. hoc. tit.* Cæterum quod ad omissionem attinet, distinguendum: aut enim minor abstinuit hæreditate cum esset suus hæres, aut eam repudiavit cum extraneus esset. Priori casu restituetur, sive res adhuc integra sit, sive integra esse desierit; et hæreditate cum rebus alienatis recuperata, creditoribus paternis satisfaciet, *l. ult. C. de repud. vel abst. hæred.* Sin autem hæreditatem repudiaverit, cum esset extraneus, rebus quidem hæreditariis nondum distractis, auxilio ætatis utetur: at alienatione jam subsecuta, restitutio ei deneganda, *l. quod. si 24. §. 2. hoc tit.* et si justa ex causa ei subveniendum Judex existimaverit, rara tamen manebunt ea, quæ rite gesta, aut distracta fuerint per curatorem bonorum, *l. 22. eod.* Voet. *ad Pand. hoc tit. n. 24.* Glos. in *dd. ll. ult.* et *24.* ubi etiam alios modos eas conciliandi adhibet. Contra aditionem autem vel immixtionem restitutio conceditur (2), non solum quando minor auctore tutore, curatore, patreve adivit, aut pater ejus nomine, *d. l. 7. §. 5.* et *9. l. 11. §. 5. hoc tit. l. ult. §. 6. C. de bon. quæ. lib.* verum etiam cum servus minor à domino hæres constitutus est, hoc scilicet effectu, ut habeat bonorum suorum separationem, *d. l. 7. §. 5.* Qui vero adversus aditionem restitutus est, si postea omissionem sibi nocere deprehendat, non impeditur adversus hanc implorare auxilium, atque ita ad eamdem hæreditatem redire, vel vice versa, *d. l. 7. §.*

(1) L. 9. tit. 19. P. 6.

(2) L. 7. tit. 19. P. 6.

Digitized by Google

9. Cæterum Justinianus in *l. ult.* §. 6. *vers. Non autem C. de bon. quæ liber.* constituit ut, si pater hæreditatem filio suo infanti delatam adierit vel repudiaverit, non liceat filio restituto contra factum patris postquam patria potestate fuerat liberatus vel adoleverat, per novam restitutionem ad patris factum redire, addita ratione: *ne ludibrio leges ei fiant sæpius eamdem et amplecti et respuere hæreditatem cupienti.* Qua constitutione correctum seu abrogatum fuisse jus statutum in *d. l.* §. 9. eximat Goth. in *ead. l.* 7. At Glos. in *laud. l. ult.* §. 6. et Cujac. in *d. tit. C.* verisimilius putant, Justinianum in *d. vers. Non autem*, duntaxat constituisse jus speciale in casu *ibi* expresso, propter reverentiam paternam, quasi indignus sit secundæ restitutionis auxilio et beneficio aditionis vel repudiationis à patre factæ frui filius, qui hanc, cum venerari debebat, despexit: id enim suadent et locus in quo *hæc constitutio* sita est, et verba quæ laudatam rationem in *eadem* sequuntur.

11 Et quia etiam in judicialibus locum restitutio habet, ut *supra* monuimus, indulgenda est minori contra omissam allegationem aut probationem, *l. minor 36. hoc tit.* contra confessionem, *l. 9.* §. 2. *eod.* (1): si cremodicium contraxerit, seu litem deseruerit, *l. 7.* §. *ult. eod.* et denique contra ipsam rem judicatam, dum tamen sententia minoris ætatis tempore sit lata: non alias, *l. 1. C. si adv. rem jud.* Restitutionem autem non impediebat olim quod pro patre sententia lata fuerit, pronunciante nimirum Prætore contra filium, ejus emancipationem fuisse nullam, *l. 2. eod.* Hodie vero correptum hoc esse dicendum per *l. ult. C. qui et adv. quos:* de qua *infra vers. Circa.* Sed et admittenda restitutio contra executionem sententiæ, quæ in auctoritatem rei judicatæ transivit, vel instrumenti, quod *gaurentigium* vocant, ut scilicet executio suspendatur, si læsio in continenti probetur, Covarr. *pract. quæst. cap.* 25. *n.* 7. Gutierr. *pract. quæst.* 134. ubi late hanc quæstionem excutit.

12 Conceditur minori restitutio contra eos, à quibus læsus est, et nedum adversus privatum, sed etiam adversus fiscum, *tit. C. si adv. fiscum*: uti etiam contra filiumfam. Macedoniani, aut mulierem Vellejani auxilio munitam. Licet enim filiusfam. et mulier privilegiatis quoque personis accenseantur; magis tamen ætatis, quam senatus consultorum habendam rationem, responsum est *d. l. verum 11.* §. *ult. l. 12. hoc tit.* Unde recte dixit Bartholus: potentius privilegium præponi, si duo concurrant dispari privilegio gaudentes. Si ergo mulier apud minorem pro alio intercesserit, non utetur senatusconsulti auxilio, si prior, seu principalis debitor solvendo non sit, *d. l.*

(1) L. 3. tit. 19. P. 6.

Digitized by Google

12. Quod si minor cum minore contraxerit, et siquidem alter agat de damno vitando, alter de lucro quærendo, illi in hunc restitutio competit, *d. l.* 11. §. *pen. l. si minor* 34 *hoc tit.* famosum enim axioma: *Privilegiatus contra æque privilegiatum non utitur suo privilegio*, verum duntaxat est quando par utriusque causa est, ut bene monet Voet *ad Pandect. hoc tit. n.* 35. arg. *l.* 6. §. 11 *quæ* in *fraud. credit.* quod non evenire in laudato casu, et res ipsa ostendit, et evincit *l.* 6. §. 11. *quæ in fraud. credit.* Si vero uterque de damno vitando laboret, seu fuerit captus, utrinque restitutio cessabit. Finge igitur, minorem credidisse pecuniam alteri minori, qui eam perdidit: meliorem esse causam consumentis, qui perdidit seu dilapidavit respondet Ulp. ex Pompon. *d. l.* 11. §. *pen.* et Paul. in *l.* 34. *eod.* Vide Cujac. in *d. l.* 11. §. *ult.*

13 Nonnunquam etiam contra tertium possessorem, qui scilicet cum minore non contraxit, restitutio datur, ut puta si minoris intersit rem potius quam pretium habere, *l. in causæ* 13. §. 1. *hoc tit.* ibi: *ne rem suam perdat.* Gom. 2. *var. cap.* 14. *n.* 6. Morla in *empor. hoc tit. quæst.* 2. *n.* 4. Glos. in *d. l.* 19. vel si possessor emisset rem à Titio ex cau. sciens huic venditam fuisse à minore: vel etiamsi id ignorans eam comparasset, dum tamen hoc casu Titius solvendo non esset, *d. l.* 13. §. *ult. hic tit.* quandiu enim Titius qui à minore emerat, aut hæres ejus idoneus sit, nihil novi constituendum est adversus eum qui rem bona fide à Titio comparaverit, *l.* 14. *eod.* Quando autem his casibus restitutio conceditur, posterior emptor reverti ad auctorem suum poterit, *l.* 15. *eod. l.* 39. *de evict.* Idemque juris erit etsi per plures personas emptio ambulaverit, *d. l.* 15.

14 Circa parentes autem et patronos, cum olim quæstio esset an adversus eos liberis et libertis restitutio esset danda, eam Justinianus sustulit in *l. un C. quæ et adv. quos in int. rest. non poss.* statuens semper denegandam, ut maneat in omnibus honor parentibus et patronis illibatus atque intactus. Cæterum postea in *nov.* 155. *cap.* 1. excepit parentes illos, qui quæve liberorum tutelam gerentes, in rerum pupillarium administratione læsionem intulissent: contra quos non qua parentes, sed qua tutores restitutionem liberis concedi voluit.

15 Restitutione postulata omnia in suo statu manere debent, nihilque innovandum, *tit. C. in integr. rest. post ne quid nov. fiat* (1). Ejus autem effectus est, quod omnia in pristinum statum reducantur (2). Restitutio igitur ita facienda ut unusquisque integrum jus suum recipiat, *l. quod si* 24. §. *pen. hoc tit.* Unde etiam ei contra quem

(1) L. 2. tit. tit. 25. P. 3. (2) L. 8. tit. 19. P. 6.

Digitized by Google

conceditur, jus suum pristinum, quoad fieri possit, reintegrandum est (1), et indemnitati ejus consulendum. Ut enim restitutus in damno hærere non debet, ita nec in lucro cum aliena jactura versari. Si ergo minor in vendendo fundo circumscriptus restituatur, emptor fundum cum fructibus reddet, et pretium recipiet: nisi tunc dederit cum minorem illud perditurum non ignoraret, *d. l.* 24. §. *pen.* Et quia necesse fuit, emptorem pretium solvere, parce cum eo agenda res est, curandumque ne omnino damno afficiatur, *d. l.* 24. §. *pen.* Si tamen nihil de eo à judicante de in integrum restitutione statutum est, proculdubiò dicemus, emptorem frustra pretium postulare, si non probetur, hoc minori profuisse, quia nempe melior seu locupletior ex eo factus sit, vel in rem suam quidquam versum, *l. sine hærede* 32. §. 4. *de adm. et per. tut.*

16 Et secundum hanc regulam decidit Cajus in *l. patri* 27. §. 1. *hoc tit.* quæstiones, quæ circa præstationes usurarum et fructuum evenire solent. Si minor itaque, ut *ibidem* ait Cajus, prædium pluris quam oportet emerit; venditor qui pretium reddit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit, aut percipere potuit reddere tenetur: et fructus, quibus locupletior factus est juvenis, recipiet. Et ex diverso, si minore pretio quam oportet vendiderit adolescens, emptor qui dem jubebitur predium cum fructibus restituere: minor autem eatenus ex pretio reddet, quatenus ex eo locupletior est factus, *d. l.* 27. §. 1. Cum autem *hic textus* expresse loquatur de casu, quo læsio minoris non versatur circa rem ipsam venditam, sed tantum in pretio, et per restitutionem omnia in pristinum statum reducantur, non audemus accedere opinioni Glossæ in *l.* 11. *C. de præd. et aliis reb. min.* et Gom. 2. *var. cap.* 14. *n.* 1. asserentium, concedendam tunc emptori electionem ut pretium suppleat, vel rem restituat. Fatemur tamen difficilem hanc esse quæstionem plures hinc inde propugnatores habentem: quam late examinant, et ut nos resolvunt Pinel. in *l.* 2. *C. de rescind. vend.* 3. *part. cap.* 1. et Morla in *empor. uir. jur. hoc tit. quæst.* 1. *n.* 30. Nostram sententiam probat etiam Covarr. *var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 11. *vers. Tertio.* Non ergo debentur à minore usuræ licet petat fructus, ut monet Glos. in *d. l.* 27. §. 1. nisi illis fuisset locupletatus, quo modo intelligendus Paul. *lib.* 1. *sent. tit.* 9. §. 7. Casus autem *l. minor.* 40. §. 1. *eod.* in quo is, qui minori prædium restituit, fructus cum usuris compensat, specialis est, quia contractus non à minore, sed ex persona defuncti descendit, et quia etiam cucurrissent usuræ prædio à minore non dato, ut notat quoque Glos. in *ead. l.* 40.

(1) D. l. 8.

17 Quod ad impensas attinet in re minori restituenda factas, placet restituentem non posse voluptarias seu voluptuosas repetere, sed tantum eas tollere quæ ita auferri possunt, ut prædium sit in facie pristina, in qua ante alienationem erat, *d. l. 32. §. 5. de adm. et per tut.* necessarias, vero et etiam utiles, quas restituens bona fide probaverit fecisse, præstabit minor, *l. intra 39. §. 1. hoc tit.* et *ibi* Glos. Ex utilibus tamen excipiendas censemus cum Voet. ad *Pand. tit. de in integr. restit. n. 22.* quæ nimis graves restituto sunt: neque enim æquum est ut restitutus cogatur aut quærere creditores, aut distrahere quod velit receptum, aut penuria pressus rem ipsam suo adversario derelinquere. Medie igitur hæc à Judice erunt despicienda, ut neque delicatus minor neque onerosus restituens audiatur, ut eleganter in simili dixit Ulp. in *l. 25. de pign. act.* Quomodo autem deducendæ hæ impensæ disce ex Celso in *l. in fundo 38. de rei vind.*

18 Tempus restitutionis petendæ annus utilis olim erat, *l. 19. hoc tit.* pro quo quadriennium continuum Justinianus substituit, *l. ult. C. de temp. in integr. restit.* numerandum à die ex quo annus utilis currebat, ut minoribus currere incipiat ex quo XXV. annum compleverint, vel dies vicesimi sexti illuxerit, ut loquitur Justin. in *d. l. ult.* (1). Sed si læsus fuerit miles, toto militaris expeditionis tempore auxilium restitutionis postulare poterit, et tempus post impletam minorem ætatem præstitum ex die missionis computabitur, *l. 1. eod.* Si vero quis veniam ætatis fuerit consecutus, ex eo die, quo indulgentia Principis in judicio competenti fuerit intimata, eique administratio rei propriæ permissa, tempus restitutionis curret: ita tamen si quadriennium intra minorem ætatem acciderit, usque ad XXV. ann. extendatur: nunquam enim minoribus intra XXV. ann. constitutis, de his, quæ ante impetratam ætatis veniam gesserunt, auxilium restitutionis denegandum, *l. 5. eod.* Memoranda autem hic nova Justiniani constitutio in *l. ult. C. de repud. vel abst. hær.* quæ filiis qui ab hæreditate paterna se abstinuerunt, triennium ad restitutionem indulsit, supra quadriennium ordinarium aliis competens; voluitque insuper ut triennium istud eis etiam tribuatur, læsione in quadriennio seu tempore legitimo contingente, rebus tamen hoc casu in suo statu manentibus, Voet. *ubi supra n. 16.* Gom. *2. var. cap. 14. n. 7.*

19 Hoc restitutionis beneficium tribuitur quoque minoris hæredibus (2) etsi ipsi majores sint, *l. minor 18. §. ult. hoc tit.* Dum id evenerit, distinguendum quod attinet ad computationem temporis, an minor sit etiam hæres, qui succedit, an major. Si fuerit minor, numerandum est

(1) L. 8. tit. 19. P. 6.

(2) D. l. 8. tit. 19. P. 6.

tempus, ex quo ipse hæres XXV. suæ ætatis annum compleverit: quia ut ait Paul. *lib. 1. sent. tit. 9. §. 4. Si minor minori hæres existat, hæres ex sua persona, non ex defuncti in integrum restitui potest.* Et si defunctus jam erat major, in legitimo tamen restitutionis tempore constitutus, hæres à vicesimo quinto ætatis suæ anno completo, non integrum quadriennium habebit, sed quantum defuncto, cujus ipse hæres extitit, reliquum erat, *l. 19. hoc tit. l. 5. §. 1. C. de tempor. in integr. restit.* Sin autem major minoris successionem fuerit adeptus, quadriennium numerabit ab adita hæreditate, *d. l. 5. §. ult.* Hæc de transmittendo restitutionis beneficio in hæredes locum habebunt, sive minor læsus fuisset in contractu, sive in aditione hæreditatis, sive in immixtione, ut bene probat Voet ad *Pandect. hoc tit. n. 38.* contra Anton. Fab. qui *C. lib. 2. tit. 52. de fin. 5.* vult, jus petendi restitutionem adversus immixtionem esse prorsus personale, nunquam minoris hæredi communicandum: quæ Fabri opinio admitti poterit de triennio à Justin. addito in *l. ult. C. de rep. vel abst. hær.* quam nuper laudavimus, cum illud sola suitatis ratione videatur indultum. Nec obstat, privilegia personalia, quale hoc restitutionis censendum, tamquam personæ cohærentia, semper hæredibus denegari: quia ut bene monet Gomez 2. *var. cap. 14. n. 5. vers. Item*, id exandiri duntaxat debet de privilegiis, quæ principaliter et immediate ratione personæ concedentur: non de eis, quæ indulta sunt habita certa consideratione personæ damnum scilicet passæ ob animi vel sexus fragilitatem, ut accidit in minoribus, et in feminis.

20 Placet quoque sententia ejusdem Voet in *laudato tit. n. 40.* asserentis, transire etiam restitutionis beneficium ad particulares successores, qui titulo lucrativo rem cujus intuitu minor fuit læsus ab eo habent, legatarios scilicet et donatarios. Quia præterquam quod non adeo personale est, ut cedi nequeat, *d. l. 24. hoc tit.* ea esse præsumitur minoris testantis aut donantis voluntas: cum enim minor voluerit liberalitatem in legatarios et donatarios exercere, credendum magis eum voluisse plenisimum suum jus illis largiri, quam penes alium, à quo circumventus est, lucrum iniquum relinquere, ut in simili de eo, qui rem litigiosam legat, statutum est *nov. 112. cap. 1.* unde *auth.* Nunc. *C. de litigiosis.* Si minor itaque circumscriptus rem suam pignori seu servituti subjecit, eamque legaverit aut donaverit Titio, huic restitutio non denegabitur. Aliud videtur dicendum de successoribus singularibus titulo gaudentibus oneroso: quibus nec supra dicta ratio congruit, nec aliud pretium abesse censetur, quam illud quod rei oneratæ qua tali respondet.

21 Regulare est, ut id beneficium minoris fidejussoribus

Digitized by Google

non prosit, *l. in causæ 13. hoc tit. l. C. de fidejussor. minor.* Interdum tamen restituto minore, etiam eis consuli certum omnino est, ut putà si apparuerit adversarium dolo malo contraxisse, *l. 2. C. eod.* vel fidejussores non intercesserunt pro minore qua minore, sed ut aliam personæ qualitatem induente, ut defensoris alienæ litis in casu *legis 51. de procur.* et hæredis casu *l. 89. de adq. vel omitt. hær.* quibus casibus nihil creditoribus deperit, cum in alium habeant regressum, ut explicat Glos. in *d. l. 51.* inde regulam formans: scilicet: quod prosit restitutio fidejussoribus, quotiens qui restituit habuerit in alium regresum. Hucque referenda doctrina Ulpiani in *l. 3. §. 4. hoc tit.* dum dixit: auxilium restitutionis solere interdum fidejussoribus minoris prodesse: ut notat quoque *ibi* Glos. Idemque videtur dicendum quando fidejussores pro eo fidejusserunt, quem minorem esse ignorabant, ut innuit Paul. *lib. 1. sent. tit. 9. §. 6.* Vide Cujac. in *d. tit. 9.* et in *d. l. 13 hoc tit.* et Voet *hoc tit. n. 39.*

22 In integrum restitutio causa cognita perpendenda est, præsentibus, vel saltem evocatis ut per contumaciam abesse censeantur illis omnibus, quorum interest: quia nempe restitutione facta aliquid ipsis decessurum est, *d. l. 13. in fine pr. hoc tit.* (1): aliter indulta neutiquam præjudicabit non vocatis, *l. 29. §. ult. eod.* Nunquam autem deneganda, nisi qnando expresse cautum inveniatur, quin verba generalia sufficiant, Carlev. *de jud. tit. 3. quæst. 16. n. 36.* Gutier. *pract. quæst. lib. 3. quæst. 32. n. pen.* Quia vero plures sunt casus in quibus minori damnum passo expresse denegatur, operæ pretium putamus eos recensere.

23 Primo igitur cessabit restitutio, si damnum non ex dolo adversarii, nec minoris fragilitate, sed fato contigerit: quia ut ait Ulp. in *l. 11. §. 4. hoc tit.* non eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas: quod exemplis illustrat uti et §. *seq.* Secundo: si minor major jam factus id quod in minore fecit ætate comprobaverit, *l. 3. §. 1. hoc tit* et *tit. C. si maj. fac. rat. hab.* Cui non est contraria sententia Ulpiani in *ead. l. 3. §. scio 2.* asserentis, indulgendam restitutionem contra immixtionem aut aditionem hæreditatis ei qui minor hæreditati se miscuit vel eam adivit, etsi postea major factus aliquid à debitoribus testatoris exegerit. Quia ut bene adverit *ibi* Glos. non censetur exegisse comprobando aditionem, sed ex consequentia aditionis in captione remanendo, cum quodammodo exigere teneatur ex quo adivit: quam solutionem multis confirmat.

24 Eodem recidit vera sententia Cujacii in *d. l. 13. §. 1.* in decidenda quæstione, quam *ibidem* tractat Ulpian. an scili-

(1) L. 8. tit. 19. P. 6. I. 2. tit. 25. P. 3.

cet si quis cum minore contraxerit, et contractus inciderit in tempus quo major efficitur, initium spectandum, an finis? Ut nempe finis attendatur et cesset restitutio, quando negotium cœptum duntaxat est in adolescentia, et in majori ætate completur, quia hoc casu major illud perficiendo approbat et ratum habet. E contrario competat, spectetur que initium, cum res in minore ætate perfecta jam fuit. Ad postremum hunc casum pertinet species de aditione hæreditatis modo proposita ex laudato §. *scio* 2. *d. l.* 3. Ad priorem ea, quæ traditur in *l.* 30. *hoc tit.* et quam Ulpian. examinat in §. 1. *d. l.* 3. cum scilicet minor in minore ætate litem fuit contestatus, et majore eo facto sententia lata est: in qua frustra contra rem judicatam restitutionem postulabit (1): nisi calliditate magna adversarii id factum esse probetur. Vide Cujac. *ubi supra* et Voet. ad *Pand. hoc tit. n.* 44. late et per plures casus hunc articulum examinantem.

25 Tertio: si minor dolo se majorem dixerit: quia minoribus errantibus, et non fallentibus publica jura subveniunt (2), et malitia ætatem in mentientibus supplet, *l.* 2. *et* 3. *C. si minor se maj. dixerit*, vel si non vana hujus aut illius simplicitate, sed communi omnium errore pro majore habitus fuerit, contractus tempore, sic agens publice, sic muneribus fungens ut majores, arg. *l.* 3. *ad senat. Maced.* Plane si minor quidem dolose majorem se dixerit apud adversarium minoris ætatis ejus non ignarum, sed callide dissimulantem, locum habet restitutio: tum quia tunc adversarius non tam à minore, quam à se ipso decipitur, *l. is qui* 25. junct. *l.* 26. *de rei vind.* tum etiam, quia dolus unius cum dolo alterius compensatur, *l. ult.* §. 3. *de eo, per quem fac. erit. quomin. quis in jud. se sit.* (3), et compensato dolo melior esse debet conditio minoris de damno evitando agentis, quam majoris lucrum captantis, Voet. *ubi supra num.* 43.

26 Quarto: in delictis quæ minor ex animo seu dolo commiserit, *l.* 9. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *C. si adv. delict.* (4): quia ut *ibi* ajunt Sever. et Anton *malorum mores infirmitas animi non excusat.* Si vero minor non dolo sed culpa deliquerit, restitutionem habebit, *d. l.* 1. Donel. *lib.* 21. *comment. cap.* 10. *vers. in delictis.*

27 Quinto: deneganda est restitutio adversus libertatem, *tit. C. si adv. libert. d. l.* 9. §. *ult. hoc tit.* (5), nisi ex magna causa minor à Principe consecutus id fuerit, *l.* 10. *eod.* Non itaque jus erit minori restitutionem contra

(1) L. 2. tit. 25. P. 3.
(2) L. 6. tit. 19. P. 6.
(3) L. 6. tit. 19. P. 6. et ibi *Lop.* glos. 1.
(4) L. 4. tit. 19. P. 6.
(5) L. 6. tit. 19. P. 6.

Digitized by Google

libertatem, quam dedit, petendi. Cæterum si in ea concedenda fuisset læsus, dolo sive culpa adversarii aut curatoris, damnum ab eo qui intulit, sarcietur, *l. 11. hoc tit. l. 3. C. si adv. libert.* Hoc autem intellige de libertate jam data contra sententiam verò qua pronuntiatur libertatem à minore dandam restitutio competit, *l. 1. C. eod.*

28 Sexto: quia hoc restitutionis remedium extraordinarium et subsidiarum est, cessabit, si alias minor tutus et indemnis esse possit, ut putà si negotium ab eo gestum nullum sit ipso jure, quia nempe sine auctoritate tutoris curatorisve sui contraxit, bonave ejus immobilia absque decreto alienata fuerunt, aut aliàs quidquam contra jus factum, *d. l. 16. in pr. et §. 1. et 3. hoc tit. l. 3. C. eod. l. 2. C. si adv. donat.* vel si valido existente negotio aut contractu, alia actio quæ ordinaria sit, minori competit, *d. l. 16.* In hoc tamen limitatio adhibenda, quando restitutionis auxilium pinguius et utilius minori sit quam actio ordinaria, Covarr. *var. lib. 1. cap. 3. n. 11. vers. Tertio.* Lara in *comp. de vit. hom. cap. 25. n. 96. et 97.* Obiter autem animadvertere hic libet, quod è duobus remediis extraordinariis alicui competituris, id quod minus extraordinarium seu subsidiarium est, excludit aliud, *l. 4. C. de inoff. donat. et ibi* Bald. et Salycetus.

29 Septimo: si ex decreto judicis debitum minori solvatur, §. 1. *Inst. quib. alien. licet*, ubi rationem tradidimus. Octavo: quando restitutio propter minimam rem vel summam indulta, majori rei aut summæ præjudicaret, *l. 4. de in integr. rest.* Unde minimum dicendum hic est respectu rei in negotium seu contractum rescindendum deductæ, quod arbitrio judicis relictum intelligitur, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt. Bartholus *laudatam legem 4.* comtemplatus, meritò dixit, non curari de minimis in his quæ contra jus commune conceduntur. Vide Covarr. *l. 1. var. cap. 3. n. 11.* Lara in *compend. vit. hom. cap. 25. à num. 54.*

30 Et denique: contractus à minoribus initos à rescissione liberat juramentum seu sacramentum ab ipsis sponte factum de illis non retractandis, ex *famosa auth.* Sacramenta puberum *C. si adv. vend.* (1). Quot vero et quam obscuris implicatisque quæstionibus locum fecerit *hæc authent.* quantumque Jurisprudentiam turbet, videre poteris apud Castro in opere cui titulus: *Discursos críticos sobre las leyes, lib. 3. discurs. 2. et 4.* ubi de eo plurimum justeque conqueritur: ut etiam Voet. *ubi supra n. 48.* inquiens, abolitam nunc esse gentium plerarumque communi consuetudine *dictæ authent.* sententiam, ut merito quæri possit in qua orbis parte, aut quo in angulo servetur etiamnum ejus usus. Fachin. *lib. 3. controv. cap. 10.* ait *hanc au-*

(1) L. 6. tit. 19. P. 6.

thent. maximum continere rigorem, et Duaren. in *tit. C. si adv. vend.* eam appellat valde iniquam, utpote ex superstitione potius quam ex æquitate exortam, additque, Cynum, qui prope tempora Friderici Imperatoris ejusdem auctoris scripsit, illam detestatum, quod præbeat occasionem insidiandi minoribus, quos facile est circumvenire: causamque *hujus constitutionis* edendæ tradit. Obedientia reverentiaque quam libenti dexotoque animo legibus præsto, impedimento est quominus hoc Duareni dictum ☞ probem: existimo tamen saluberrimam Jurisprudentiæ, totique Reipublicæ futuram santionem, quæ omnem vim juramenti, quod *confirmatorium* vocant, prorsus evelleret, seu potius ipsum in contractibus adhiberi severe interdiceret. Nec adduci possum ut credam, velle Deum, ut sanctissimum ejus numen in legum ludibrium et destructionem homines quotidie invocent, atque assiduis juramentorum relaxationibus hæc sacra religionis pignora vilescant.

31 Superest ut quæstiunculas, quæ *hic* exagitari solent, breviter examinemus. Prima est, an Jurisconsulto minori restitutio deneganda. In qua casum in quo minor ob juris ignorantiam fuerit læsus, ab aliis discernere placet. In priore auxilium ei denegabitur: non ita in cæteris. Prioris partis ratio ea est, quia minor restitutionem implorans suam juris ignorantiam allegare debet, quod ei turpe et indecorum, *l. 2. §. 45. de orig. jur. l. 6. C. de muner. patrim.* nemo autem auditur propriam allegans turpitudinem, *l. transactione 30. C. de transact. l. 4. C. de revoc. donat.* Barb. *axiom. jur. 221. verb. Turpitudo, n. 1.* alios laudans. Posterioris vero, quia prudentia in factis, et judicii maturitas, cum annis crescit, quam Jurisconsultus non profitetur, Fachin. *controv. lib. 3. cap. 5.* Sarmien. 3. *select.* Exempla quisque efformare poterit. Hæc de Jurisperitis doctrina, cæteris qui mercaturam aliamve artem profitentur, suo modo accomodanda est.

32 Quæstio secunda: an restitutio ex eadem causa pluries implorari queat. Et negative respondendum; quia non minus in extraordinariis remediis quam in ordinariis, exceptio rei judicatæ locum habet, *tot. tit. C. si sæpius in integr. restitut. postulet.* Casum excipe, quo novæ defensiones seu rationes inventæ sint, quibus causa plenius melius ve instructa sit, *l. 2. l. 3. eod.* Sed si denegata restitutio non ex eadem, sed alia prorsus causa petatur, quamvis circa eamdem rem, poterit implorari, cum rei judicatæ exceptio ei non obsit. Quemadmodum nec vetita restitutio adversus ea, quæ per præcedentem restitutionem obtenta, damnosa apparent: quo pertinent ea quæ *n. 10.* diximus de minore, qui postquam contra aditionem hæreditatis fuit restitutus, rursus contra omissionem restitui postulat.

33 Quæ de minoribus hactenus dicta sunt, pertinent quo-

Digitized by Google

que ad Respublicas, *l. 4. C. ex quib. caus. maj.* fiscum, civitates, Ecclesias (1), nosocomia, similiaque loca, prodigos, furiosos, cæterosque, qui alterius auxilio reguntur; et hi omnes ab ipsa læsione quadrienium numerabunt, ut bene probat Morla in *empor. hoc tit. in prænis n. 9.* et Voet. ad *Pandect. hoc tit. n. 55.*

34 "In Hispania quoque locus non est restitutioni contra usucapionem seu præscriptionem ordinariam, cum hæc minori non currat, ut expresse statuit *l. 9. tit. 19. P. 6.* dum scilicet in ipsa ejus minore ætate, ortum suum præscriptio habitura erat. Cæterum si cœpit à defuncto, cui minor hæres extitit, adversus hunc compleri, eique restitutionem esse necessariam expressum habemus in *ead. l. 9.* quod in Romanorum jure non invenimus statutum.

35 "Et licet *l. 6. d. tit. 19. P. 6.* probet doctrinam legum *2. et 3. C. si sæpius in integr. restit. post.* quam modo tradidimus *n. 32. vers.* seu *clausula: Casum*; fatendum tamen, nullatenus apud nos posse in eadem causa sæpius restitutionem postulari, per *l. 5. tit. 5. lib. 4. Recop. et l. 5. tit. 9. d. lib. 4.* quæ id prohibent, jubentque, ut in sententia, qua restitutio prima conceditur, nova restitutio denegetur. Vide *dd. ll. et l. 6. d. tit. 5.* quæ pœnam imponit restitutionem post publicatas probationes postulanti ob novam exceptionem, et hanc non probanti. Quia vero appellationis judicium alia causa diversa à prima instantia, ut loquuntur, censetur; nihil impedit quominus restitutio in hac, alia in illo restitutio concedatur.

36 "De tempore autem, modo et cæteris quæ ad petendam restitutionem in judicio observari debent, vide *laudatas leges Recop. et l. 6. d. tit. 5.* cum *l. 3. tit. 8. eod. lib. 4. Recop.*

37 "Animadvertendum quoque est, nonnullos dilationis terminos restitutioni non subjici; quales sunt, novem dies, qui ad retrahendum competunt, *l. 8. tit. 11. lib. 5. Recop.* sex dies qui ad exceptiones testibus objiciendas, seu ipsis notam inurendam (*tachar los testigos*) conceduntur, *l. 1. tit. 8. lib. 4. Recop.* et tres dies ad supplicandum à sententia interlocutoria, *l. 1. tit. 19. d. lib. 4.*

(1) L. 10. tit. 19. P. 6.

TITULUS QUINTUS.

DE CAPITE MINUTIS.

1, 2 *et* 3 *Cur capitis deminutio locum faciat restitutioni in integrum, et quæ et in quibus obligationibus.*
4 *Hodie cessat restitutio ista.*

1 Quarta restitutionis integrum causa est *capitis deminutio.* Quid ea sit, quidque species ejus singulæ maxima, media et minima, satis expositum in *Inst. lib. 1. tit. 16.* Cum capitis deminutio sit status mutatio, qui eam patitur nova persona quodammodo censetur; atque idcirco obligationes omnes civiles cum eo ante capitis deminutionem contractas, subtilitate juris perire, leges Romanæ voluerunt. At quia id durum et iniquum videbatur, Prætor edicto suo restitutionem pollicitus est, perinde quasi capitis deminutio non contigisset, *l. 2. §. 1. hoc tit.*

2 Pertinet hoc edictum ad capitis deminutionem minimam duntaxat: Cessat igitur in eis, qui civitatem vel libertatem amiserunt, qui neutiquam conveniri possunt: dabitur tamen actio utilis in eos ad quos bona ipsorum pervenerunt, *d. l. 2. in pr. l. 7. §. 2. et 3. eod.*

3 Sed neque locum habet in obligationibus quæ ex delicto descendunt: quia ut belle Ulp. in *d. l. 2. §. 3.* nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit. Neque in obligationibus naturalibus, vel quæ naturalem habent causam, aut in facto potius quam in jure consistunt: quia hæ omnes per capitis deminutionem non extinguuntur, *d. l. 2. §. 2. l. 8. l. 9. l. 10. eod.*

4 *Titulus iste* majorem operam non meretur: quia nullus hodie ejus usus. Imo et apud Romanos cessasse creditur hujus restitutionis necessitas, jure novo, postquam imaginaria illa servilis causa in quam emancipati deducebantur, evanuit, *l. ult. C. de emanc. l. ult. C. de adopt.* ut *hic* notant plurimi Interpretes.

TITULUS SEXTUS.

EX QUIBUS CAUSIS MAJORES XXV. ANNIS IN INTEGRUM RESTITUUNTUR.

1 *Edictum restitutorium loquens de absentia tres partes habet, quæ* hic *recensetur.*
2, 3, 4, 5 *et* 6 *De prima par-*

Digitized by Google

te edicti qua succurritur absentibus Reipublicæ causa.

7 *De secunda parte qua præsentibus succurritur contra absentes, remissive.*

8 *et* 9 *De tertia parte edicti quæ clausulam continet generalem.*

10 *De absente qui procuratorem non reliquit.*

11 *De actione qua restitutio ista petitur.*

12 *In Hispania non distinguimus utrum absentes reliquerint procuratores, an non.*

1 Quinta causa restitutionis est *absentia*, è loco scilicet domicilii, etsi non à provincia, *l. abesse 32. hoc tit. l. colligarum 173. §. 1. l. 199. de verb. sign.* Edictum restitutorium de ea loquens tres habet partes, quarum duæ priores speciales, altera generalis. In prima Prætor subvenit absentibus contra præsentes: in secunda præsentibus adversus absentes: in tertia denique quamlibet causam quæ justa ipsi videretur, consideravit. Hujus edicti ratio eadem quæ præcedentium, æquitas: quia nempe iniquum Prætor existimavit, usucapionem seu præscriptionem, cum alterius absentia interrumpendi facultatem impediente, obtentam, firmam manere: *l. 1. hoc tit.*

2 Verba edicti habemus apud Ulp. in *d. l. 1. §. 1.* Et quod ejus primam partem attinet, Prætor restitutionem promisit eis de quorum bonis quidquam fuerit deminutum, dum ipsi metu, aut sine dolo Reipublicæ causa abessent: sive in vinculis, servitute, hostiumve potestate essent. Hinc patet juxtam esse debere absentiæ causam quæ restitutioni locum facit ex hac parte edicti. Metus autem necesse est ut sit justus, non vanus seu supervacuus, cujus disquisitio Judicis erit, *l. 2. §. 1. l. 3. hoc tit.* Vide atque huc accomoda quæ diximus *supra tit. 2. hujus libri num. 3.*

3 Reipublicæ causa abesse dicuntur: *Qui publica auctoritate, et publici commodi causa absunt*, quorum plura exempla traduntur in *d. l. 32. et seqq. hoc tit.* Excluduntur igitur qui absunt privati commodi causa, *l. 36. l. non vere 41. eod.* uti et illi qui absunt dolo malo, quamvis sub colore publici commodi et auctoritatis, ut putà qui cum possint reverti non revertuntur, vel maturius proficiscuntur, vel grandis commodi captandi gratia id egerint, ut Reipublicæ causa abessent, vel data opera etiam sine lucro hoc affectarunt, *l. 4. l. 5. eod.*

4 Absentibus Prætor in hoc edicto adnumeravit eos, qui adverso casu laborant sive impediuntur quominus rebus suis superesse queant, *l. 1.* junct. *l. in eadem 10. hoc tit.* id est, ut ipse expressit, qui in vinculis, servitute, hostiumve potestate essent. In vinculis autem esse dicitur, non solum ille qui publica custodia coercetur, sed etiam qui à latronibus aut prædonibus, vel potentiore vi oppres-

Digitized by Google

sus detinetur: vinculorumque appellatione quilibet carcer continetur (1), quia ut bene ait Callistratus in *l. 9. eod.* nihil interest parietibus an compedibus quis teneatur. Quinimo et in vinculis esse eos hic dicimus, qui ita sunt alligati, ut sine dedecore in publico comparere non possint, *d. l. 10. eod.*

5 Si usucapio antea inchoata, fuerit completa sive finita post reversionem ejus qui aberat, ei restitutio competet, non quandocumque, sed ita demum, si intra modicum tempus quam rediit, hoc contingit, id est, dum hospitium conducit, sarcinulas componit, Advocatum quærit, *l. ab hostibus 15. §. 3. eod.* quia ut belle Paulus in *l. seq.* non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Restitutio autem locum habet nedum in eo quod absens amissit, sed etiam in eo quod cum posuisset lucrari, non fuit lucratus, *l. et sive 27. hoc tit.*

6 Cum restitutionis beneficium extraordinarium sit remedium, et quæ hujus sunt generis cessent, quando ordinarium adest, omnibus relatis personis non indulgebitur eo casu quo domi procuratorem relinquerint, à quo per mandati actionem detrimentum sarcire queant, sed tantum si non relinquerint, vel relictus non fuerit solvendo, aut culpa careat; *l. is qui 39. hoc tit. et ibi* Glos.

7 Secunda edicti parte, ut *supra* monuimus, Prætor præsentibus consulit adversus absentes: de qua Justinianus agit in *Instit.* §. 5. *de action.* in cujus *commentario* eam explicamus.

8 Superest ergo ut tertiam ejusdem edicti partem breviter elucidemus. Hæc, ut *n. 1.* diximus, generalis est, id est, Prætor in eam causam specialem non respexit, sed generaliter promisit, se læsis subventurum ex quacumque causa, quæ ipsi justa videretur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Quia nempe sæpe accidit, ut quis justa absentia, quæ tamen non sit Reipublicæ causa, vel alia ratione inculpatim impeditus rei suæ usucapionem interrumpere non potuit; æquum Prætor existimavit ei succurrere, ut cæteris de quibus in duabus prioribus edicti partibus.

9 Casus ad hanc partem spectantes multi sunt et varii, ut merito dixerit Ulpian. in *l. sed et si 26. §. ult. eod.* eos singillatim enumerari non posse, et ad hanc partem seu clausulam generalem descendendum, quotiens æquitas restitutionem suggerit. Nonnullos tamen *ibi* refert, adjiciens postea hæc verba: *Et generaliter quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet ei subveniendum.* Imo etsi quis ex causa probabili abfuerit, deliberare debet Prætor, an ei subveniri debeat, puta studiorum causa, forte procuratore suo defuncto: ne decipiatur per justissimam absentiæ causam, do-

(1) Reg. 2. tit. 34. P. 7.

cente ipso Ulpiano in *l. 28. eod.*

10 Ex prima edicti parte succurritur absentibus sive procuratorem reliquerint, sive non, dempto eo casu quem *supra* retulimus *n. 6.* quia causa absentiæ et publica est et necessaria, et sæpe repentina: ex tertia vero, seu generali clausula, non aliter quam si reliquerint, isque fuerit defunctus, vel alia ratione officio suo non functus sine culpa domini: aliàs etenim huic imputabitur, cur non reliquerit, *d. l. 26. §. 1. d. l. 28. hoc tit.* atque ita intelligenda *d. l. 26. §. ult. vers. Et sæpissime.*

11 Actio qua hæc restitutio petitur *rescissoria* appellatur, et nonnunquam etiam *publiciana* ab auctore suo Publicio Prætore. Ejus naturam exposuimus in *Instit. §. 5. de action.*

12 »In Hispania absentibus »Reipublicæ causa restitutionem »concedunt *l. 10. tit. 23. P. 3. vel l. 4. tit. 13. lib. 4. Recop.* »et illa etiam eis qui in hostium »potestate fuerint, eo casu omnibus, quo procuratorem non »reliquissent: si vero procuratorem reliquerint, vult *d. l. 10.* »ut absentibus tribuatur jus appellandi intra decem dies ab eo »in quo regressi in domum, vel »sententiæ certiores fuerint, numerandos. Quia vero hæc differentia inter casus quibus procuratores relicti sint vel non, duntaxat memoratur in *d. l. 10.* »crediderint hodie non servandam, sed semper restitutionem »indulgendam, maxime cum intentio *laudatæ legis 4.* quæ recentior est, manifesta sit plurimum consulendi absentibus. Sed »nec *l. 28. tit. 29. P. 3.* quæ etiam restitutionem indulget »dum personis, de quibus Prætor in prima edicti parte fuit »locutus, recensitis à nobis *supra* »*n. 2.* sed etiam eis queis in tertia parte succurrit, de quibus »*sup. nn. 8. et 9.* relatæ distinctionis meminit, sed omnibus generaliter favet.

TITULUS SEPTIMUS.

DE ALIENATIONE JUDICII MUTANDI CAUSA FACTA.

Cod. lib. 2. tit. 55.

1 *Ultima restitutionis causa est alienatio judicii mutandi causa, et quando hæc contingat.*

2 *Quando locum non habet hoc edictum contra alienantem.*

3 *De actione qua hæc restitutio petitur.*

1 Sexta et ultima restitutionis in integrum causa est *alienatio*

Digitized by Google

judicii mutandi causa, id est: *Cum quis futuri judicii causa rem alienat dolo malo, ut adversario suo potentiorem litigatorem objiciat, vel alio modo duriorem ejus conditionem faciat*, *l.* 1. *l.* 8. §. 1. *et tot. hoc tit.* Iniquum etenim fuit visum cujusquam conditionem facto alieno fieri deteriorem.

2 Cum doli mali in hoc edicto fiat mentio, eo non tenebitur qui ob valetudinem, ætatem, aut occupationes necessarias lite in alium transtulerit, *l.* 4. §. *si quis* 3. *eod.* Neque ille qui in ultima voluntate alienat hæredem instituendo aut legando, *l. ex hoc* 8. §. 3. *eod.* cui parcitur, quia ut ait Glos. dolus deest ei qui ex necessitate alienat. Cessat quoque edictum si alienans adversus quem actio ex eo competeret, paratus sit utile judicium pati, perinde ac si possideret, *l.* 3. §. *ult. eod.* de quo plura comminiscitur Glossa. Plane actor in cujus fraudem alienatio sit facta, electionem habet, an hac actione in factum ex edicto agere velit contra alienantem, an actione in rem adversus possessorem (1).

3 Actio in factum ex hoc edicto descendens competit ei in cujus fraudem res alienata est, *l.* 1. *hoc tit.* ejusque hæredi, non autem in hæredem, quia licet ex parte actoris pœnalis non sit, sed rei persecutoria, ex delicto venit, *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *l.* 6. *l.* 7. *eod.* et quidem ex earum genere in quibus necesse est ut fiat doli mali mentio, quas in hæredem non transire probabimus in *commentario* §. 1. *Inst. de perp. et tempor. action.* Datur autem in id quod actoris interest alium adversarium seu litigatorem non habuisse, *d. l.* 1. (2). Unde si actoris nihil interest, cessabit, ut in casibus traditis in *d. l.* 4. §. 5. *et l.* 8. §. 4. *eod.* Hucque etiam referre possumus quem modo expressimus *n. præcedenti*; ex *l.* 3. §. *ult. eod.*

TITULUS OCTAVUS.

DE RECEPTIS (ARBITRIS) QUI ARBITRIUM RECEPERUNT, UT SENTENTIAM DICANT.

Cod. lib. 2. *tit.* 56. (3).

1 *Cur admittitur Arbitrorum judicium.*

2 *Cur appellantur* Recepti Arbitri, *et quibus aliis nominibus vocantur.*

3 *Quid sit Arbiter, quidque*

(1) L. 30. tit. 2. P. 3. l. 15. tit. 7. d. P. 3.

(2) DD. ll. 30. et 15.

(3) L. 23. *cum* seqq. tit. 4. P. 3.

Digitized by Google

compromissum.

14 *Postquam quis arbitrium recepit tenetur illud implere et quando recepisse intelligitur.*

5 *Cur Arbitri non sint proprie Judices.*

6 *Omnia fere quæ observantur in Judicibus locum habent in Arbitris.*

7 *Quæ requiruntur ut Arbitri sententia sit legitima.*

8 *et* 9 *De effectu sententiæ Arbitrorum.*

10 *et* 11 *Qui possint compromittere, et qui eligi Arbitrii.*

12 *Quibus modis possit fieri compromissum.*

13 *Quibus modis finiatur officium Arbitrii.*

14 *In Hispania expresse probatæ sunt duæ Arbitrorum species.*

15 *Quid servandum quando Arbitris dissentientibus tertius adjicitur; et duo modi quibus Arbitrorum officium finitur.*

16 *De effectu sententiæ Arbitrorum.*

17 *Differentiæ inter Arbitros et Arbitratores.*

1 Quia publice expedit, ut litibus, quantum fieri possit, aditus præcludatur, facilique terminentur negotio; et transactiones probatæ sunt, et ut homines de jure suo dissidentes possint viros bonos eligere, per quos jus suum cuique tribuatur; quod argumentum est *huj. tit.*

2 Hi viri boni appellantur *Recepti Arbitri*, ex eo quod arbitrium seu potestatem judicandi recipiant, *tot. hoc tit.* et *C. eod.* Dicuntur etiam *Compromissarii*, quia compromisso seu conventione partium eliguntur, *l.* 5. §. *ult. C. hoc tit.* et nonnumquam *Judices*, *l.* 4. *C. eod. l. rem* 14. *C. de jud.* quia licet proprie Judices non sint, ut mox videbimus, partes Judicis suscipiunt eisque plurimum assimilantur, *l. Pomponius* 13. §. 2. et *passim hoc tit.*

3 Arbiter igitur in hoc argumento est; *Vir bonus qui partium compromisso electus, officium de causa cognoscendi, eamque definiendi recepit* (1). Compromissum vero est: *Conventio qua, alioquin litigaturi certi viri arbitrio se subjiciunt, sub certa pœna ab eo præstanda qui Arbitri sententiæ non paruerit* (2).

4 Liberum est cuicumque arbitrium recipere vel non recipere; qui autem receperit illud implere tenetur, *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* (3). Recepisse videtur qui partes Judicis suscepit, et finem sententia sua se impositurum controversiis pollicetur: contrarium dicemus, si hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo seu auctoritate discuti litem partes paterentur, *d. l.* 13. §. 2. *eod.* Hinc quia compromissum receptione completur, *receptum*

(1) L. 23. tit. 4. P. 3. l. 4. tit. 31. lib. 4. Recopilat.

(2) L. 26. d. tit. 4. P. 3. l. 23. eod.

(3) L. 29. eod.

illud appellavit Justinianus in *d. l. 14. C. de judic.*

5 Ex definitione Arbitri patet, eum, si proprie loquamur, Judicem appellari non posse: quia, ut ajunt Diocl. et Maxim. in *l. 3. C. de jurisdict.* privatorum consensus Judicem non facit: qua ratione sine potestate publice data, nullus est Judex. Hinc quod Arbiter statuit rei judicatæ auctoritatem non habet, *d. l. 3.* ac proinde nec actio judicati ex ejus sententia nascitur, neque ab ea appellatur, *l. 1. C. hoc tit.* In *l. ex consensu 23. de appellat.* pro *circa* legendum *citra*, ut omnes Interpretes notant.

6 Quia vero compromissa seu arbitria ad similitudinem judiciorum redacta sunt, et ad finiendas lites pertinent, *l. 1. hoc tit.* omnia fere quæ in Judicibus observantur, in Arbitris quoque locum habent. Possunt itaque Arbitri jubere partes adesse; *l. non distinguemus 32. §. 18. l. 49. §. 1. eod.* absentium contumaciam punire, *l. non ex omnibus 33. eod.* ante eos juramentum calumniæ præstatur, *l. 2. §. 4. de jurejur. propt. calumn.* probationes producunt, *l. fin. C. de testib.* atque ita causa more judiciorum tractata, sententiam dicere cogunturi, *l. 3. §. 1. l. 15. hoc tit.* (1); nisi justa impediantur causa, ut putà si infamatus à litigatoribus fuisset, vel inimicitiæ capitales inter eum et litigatores, vel aliquem ex eis intercesserit, ob valetudinem, aliasque similes causas, quas in *d. l. 15.* (2). Ulpian. refert.

7 Ut vero Arbitri sententia legitima sit, debent omnia servari, quæ in sententia veri judicis requiruntur: et insuper debet esse compromissio conveniens, quandoquidem ex eo totam potestatem capit, illiusque fines nullatenus egredi potest, *d. l. 32. §. 15. eod.* (3); loco debito lata, in compromisso scilicet nominato; vel si de eo nihil convenerit ubi compromissum est, *l. quid 21. §. 10. eod.* (4); tempore convento, nisi diem prorogandi potestas ei data fuerit, vel litigatores non contradixerint, *l. 33. l. 50. eod.* (5); vel ipsi juranti nondum sibi de causa liquere, spatium datum, *d. l. 13. §. ult. eod.* sed nec diem referre, id est, antevertere, contradicentibus litigatoribus, potest, *d. l. 33. eod.* Sed si compromissum sine die confectum fuerit, necesse est Arbitrum diem statuere partibus consentientibus; et si hoc prætermiserit omni tempore cogendus, *l. 14. eod.*

8 Quamvis ex sententia Arbitri actio judicati non nascatur, ut nuper monuimus *n. 5.* tamen ei stari debet, id est, id agere compromittentem, quantum in ipso sit, ut sententiæ Arbitri pareatur, sive æqua sit sive iniqua: et sibi imputet qui compromisit: nam ut D. Pius re-

(1) L. 23. tit. 4. P. 3.
(2) L. 30. d. tit. 4. P. 3.
(3) L. 26. eod.
(4) L. 27. eod.
(5) *Arg.* d. l. 27.

Digitized by Google

scripsit: *Vel minus probabilem sententiam æquo animo ferre debet*, *l.* 23. §. 2. *l. diem* 27. §. 2. *hoc tit.* Atque idcirco pœna in compromisso adjici solet solvenda à reluctante, ut metu ejus à placitis non recedatur, *l.* 1. *C. hoc tit.* (1). Si vero pœna non fuerit abjecta, sed simpliciter spoponderint compromittentes stare sententiæ, actio incerti ad id quod interest in reluctantem dabitur ex *d. l.* 27. §. *ult. hoc tit.* Jure tamen novissimo voluit Justinianus, ut Arbitri non nisi adjecta pœna eligantur, *novel.* 82. *cap.* 11. §. 1.

9 Sed et voluit ipsemet Imperator constitutione sua quæ exstat in *l.* 5. *C. hoc tit.* ut ex compromisso actio in factum nascatur, quoties compromittentes post sententiam subscripserint se eam amplecti, vel per decem dies tacuerint, nulla attestatione missa Judici, vel adversario ab alterutra parte per quam manifestum fiat definitionem non esse amplectendam: quod *laudum homologatum* vocari solet, de quo plura infra agentes de Jure Hispano loquemur.

10 Compromittere possunt, qui et transigere, quos *supra* recensuimus *tit. de transaction. n.* 3. Eligi autem Arbitri quicumque non prohibentur, cum hoc edictum prohibitorium sit, ut hac ratione idem de procuratoribus Paulus dixit in *l.* 43. §. 1. *de procur.* Prohibentur autem Judices illi ad quos cognitio de ea causa jure ordinario pertinet, *l. sed. si* 9. §. 2. *hoc tit.* (2); et illi qui rebus suis superesse non possunt, *d. l.* 9. §. 3. uti et feminæ, *l. ult. C. eod.* Majores autem 20 annis Arbitri esse valent, cum Judices esse possint, *l. cum lege* 41. *hoc tit.* Possunt et filiifam. etiam in re patris, *l.* 5. *l.* 6. *eod.* An autem eodem modo valeant hi esse Judices in *tit. de judic.* examinabimus. Sed et infames seu ignominiosi possunt esse Arbitri, *l.* 7. *hoc tit.*

11 Possunt eligi unus vel plures, sive numero pares, sive impares; melius tamen erit ut impares eligantur, quia etsi dissentiant, invenitur pars major cujus arbitrio stabitur, *l. item* 17. §. 6. *d. l.* 27. §. 3. *hoc tit.* (3). Et si ex tribus, unus in quindecim, alius in decem, et tertius in quinque condemnaverit; hujus sententiæ standum, quia in quinque omnes consenserunt, *d. l.* 27. §. 3. (4). Si vero in duos fuerit compromissum, debet eos Prætor, si non consentiant, cogere, ut tertiam certam personam eligant, cujus auctoritati pareatur, *d. l.* 17. §. 6. *in fin.* (5), de cujus concilia ione cum §. 5. *ejusd. leg.* vide Glos. Ubi plures fuerint electi Arbitri, omnes

(1) D. l. 23.

(2) L. 24. tit. 4. P. 3. post med. l. 13. l. 17. tit. 5. lib. 2. Recop. l. 9. tit. 6. lib. 3. Recopil.

(3) L. 29. d. tit. 4. P. 3. l. 17. tit. 22. d. P. 3.

(4) L. 17. tit. 22. P. 3.

(5) L. 26 l. 29. d. tit. 4 P. 3. *et vide, si placet, Greg. Lop. in* glos. 4. ejusd. l. 29.

Digitized by Google

debent de causa cognoscere, vel uno enim non judicante, cæteri, etsi consenserint, nihil agunt, *l. 7. §. 1. d. l. 17. §. 7. hoc tit.* (1), ubi et ratio: quia nempe potuerat præsentia hujus trahere alios in ejus sententiam. Excipe casum quo in plures compromissum fuerit ea conditione, ut si quilibet vel unus dixisset sententiam, ei staretur absentibus cæteris, *d. l. 32. §. 13. eod.* (2).

12 Potest compromissum fieri vel de una controversia, vel de pluribus; imo et de omnibus, *d. l. 13. §. 1. l. 21. §. 6. eod.* (3). Nam vero de publicis judiciis, delictis famosis, actionibus popularibus, libertate et ingenuitate, *d. l. 32. §§. 6. et 7. eod.* (4); nec de restitutionibus in integrum *l. ult. C. ubi et apud quem cogn.*

13 Arbitri officium finitur morte alterutrius ex compromittentibus, nisi utrinque hæredum quoque mentio sit facta, *l. sed 29. §. 2. hoc tit.* elapso tempore in quod est compromissum, *d. l. 21. §. 8. d. l. 32. §. 3. eod.* contrario pacto, *d. §. 3.* transactione de re controversa, vel ejus interitu, *d. l. 32. §. 5.* (5): si spreta auctoritate Arbitri litigatores ad Judicem, vel ad alium Arbitrum ierint, etsi postea ad eumdem redierint, *l. 9. in fin.* cum *duab. seqq. eod.* (6); si unus ex litigatoribus bonis suis cedat, *d. l. 17. eod.* pœna commissa, ut puta si aliquis litigatorum defuerit et per eum steterit quominus arbitretur, *l. 34. §. 1. d. l. 27. §. 4. hoc tit.* et denique dicta publicataque ab Arbitro sententia, quam mutare jam non potest, *l. 19. §. ult. eod.*

14 „In Hispania expresse „probatæ sunt in *l. 23. tit. 4. P. 3.* „et in *l. 4. tit. 21. lib. 4. Recop.* „et *alibi*, duæ Arbitrorum species, quorum uni appellantur „simpliciter *Arbitri*, sive *Arbitri juris*; alteri *Arbitri arbitratores*: omnesque dicuntur „*Juices de avenentia* in *d. l. 23. tit. 4. P. 3.* quia omnes „compromisso seu conventione „partium eliguntur. De primis „loquuntur jura Romana quae „hucusque retulimus: nam Romanæ leges Arbitros arbitratores qui causas deciderent, non „agnoverunt, ut diximus in *Inst. tit. §. 1. de action.* Nos in his „notulis primos *Arbitros*, alios „*Arbitratores* simpliciter appellabimus.

15 „De Arbitris omnia pene „quæ ex Romanorum jure tradidimus, leges Hispanæ probant, ut in *margine* notavimus: quæ præter vel contra „illud statuta invenimus, *hic* „oportet animadvertere. Et primo „quidem *lex 29. tit. 4. P. 3.* „exgresse statuit, ut quando Ar-

(1) L. 17. tit. 22. P. 3. l. 32. tit. 4. P. 3.
(2) D. l. 32.
(3) L. 23. tit. 4. P. 3.
(4) L. 24. eod.
(5) L. 28. tit. 4. P. 3.
(6) L. 30. eod.

Digitized by Google

»bitris in pari numero dissen»tientibus tertius de novo elec»tus ipsis fuerit adjectus, quod »major pars fuerit arbitrata, va»leat; cum ex Romanorum ju»re, tertii auctoritati sit parendum, ut diximus *n. 11.* Dein»de *l. 27. eod.* loquens de com»promisso cui tempus designa»tum non est, ait, debere arbi»tros quam primum possint cau»sam decidere, ita ut si fuerit »elapsum triennium à die quo »arbitrium receperunt numeran»dum, officio suo amplius uti »nequeant. Præterea, si alter ex »compromittentibus mortem ob»tierit, vult *l. 28. eod.* compro»missum extingui, nisi ipsis pla»cuerit ut per mortem unius non »extingueretur, tunc etenim uno »defuncto duraret, quamvis u»trinque mentio mortis non fuis»set facta, ut jus Romanum de»siderabat, *supra n. 13.*

16 »Doctrina de sententia »Arbitrorum, quam Interpretes »*laudum homologatum* appellant, »secundum ea quæ diximus *n. 9.* »probata expresse est *ll. 23.* et »*ult. tit. 4. P. 3.* Cæterum pro »casu quo prædicta sententia non »fuerit homologata, meminisse »oportet recentioris constitutio»nis in *l. 4. tit. 21. lib. 4. Re»cop.* qua jubetur ut sententia »sive Arbitrorum sive Arbitrato»rum paratam habeat executio»nem statim ac exhibeatur com»promissum et sententia juxta il»lud lata, Tabellionis sigillo mu»nita: cavente victore qui exe»cutionem petit, datis idoneis »fidejussoribus, se rem cum fruc»tibus et reditibus restituturum, »si sententia fuerit revocata. Po»terit itaque victus, non obstan»te executione sententiæ, ab hac »appellare, reductionem ad ar»bitrium boni viri petere, alio»ve legitimo modo de ea con»queri. At si sententia ista devo»luta per appellationem alium»ve legitimum modum ad Judi»cem ordinarium, fuerit confir»mata à Regiis Auditoris, firma »et irrevocabilis evadet: sin au»tem Judex inferior eam con»firmaverit, appellationi ad Re»gia Auditoria locus erit, eo ef»fectu, ut si hæc quoque ipsam »confirmaverint, fiat etiam irre»vocabilis; si vero ab eis fuerit »revocata, pateat adhuc ad sup»plicationem (*revista*) aditus, ut »habetur in *ead. l. 4.* quæ in»super jubet idem observari in »transactionibus coram Tabellio»ne celebratis. Non est igitur hæc »lex contraria laudatis *ll. 23.* et »*ult. 4. tit. P. 3.* sed executio»nem duntaxat prævenit non ex»pectato lapsu decem dierum, »sed cum periculo restitutionis »si sententia aliquo modo revo»cetur: quod non metuendum »in sententia homologata. Qua»re si sententia homologata jam »fuerit, locus amplius non est »remedio *d. l. 4. Recop.* Nul»lam vero appellationem nec sup»plicationem concedendam à de»claratione qua Judex pronun»ciaverit, idoneos esse vel non »esse fidejussores, statuit *d. l. 4.*

17 »Inter Arbitros et Arbi»tratores nonnullæ observantur »differentiæ, quas recensere ope-

Digitized by Google

»tæ pretium est. Arbitri secun»dum juris ordinem procedere et »judicare debent, ut vidimus »num. 6. Arbitratores vero quo»modocumque ipsis æquum vi»deatur, ut proinde valeat eo»rum sententia, quam vulgo *ar»bitramentum* dicunt, quamvis »nulla juris solemnitate servata, »bona tamen fide, et sine fraude judicaverint, *d. l. 23. tit. 4. »P. 3.* Locumque etiam habent »circa hanc sententiam, quæ *num. »præcedenti* diximus de homolo»gatione ex *ll. 23.* et *ult. eod.* »generaliter loquentibus, et de »sententia exequenda ex *l. 4. »tit. 21. lib. 4. Recopil.* quæ ex»presse loquitur et de Arbitris »et de Arbitratoribus. Quod ve»ro *d. l. 4.* inter modos legiti»mos conquerendi de sententia »enumeret etiam reductionem ad »arbitrium boni viri, ut *n. præ»ced.* vidimus, de sententia Ar»bitratorum duntaxat exaudien»dum est, seu patet ex *laud. »l. 23.* Cæterum ut jam notavit »Greg. Lop. in *glos. 14. ejusd.* »id non servatur in praxi; sed »semper Judicem ordinarium adit »qui vult de sententia conqueri. »Latius de hoc remedio reduc»tionis agunt juris canonici In»terpp. in *hoc tit. §. 1.* In *l. 24. »d. tit. 4.* statutum invenimus »Judicem ordinarium posse eligi »Arbitratorem, at non Arbitrum. »*Lex* denique *30. eod.* docet, »posse Arbitratores diebus feriatis sententiam dicere, quamvis »Arbitris id non liceat, nisi cau»sa aut ratio urgeat, propter quam »Judicibus ordinariis die festo ju»dicare permissum sit. Alias diffe»rentias Doctores enumerant, quas »*hic* omittimus, quia *Hispanis le»gibus* probatas non invenimus."

TITULUS NONUS.

NAUTÆ, CAUPONES, STABULARII, UT RECEPTA RESTITUANT.

Hunc titulum esse fugitivum, merito ait Heinneccius Cujacium secutus: quia ad ea quæ hactenus tractata sunt, nihil facit. Verisimile est Tribonianum eum *huc* rejecisse, vel occasione vocabuli *Receptæ*: vel quia in edicto perpetuo subjectus quoque est titulo *de Receptis Arbitris.* Pro ejus illustratione sufficiunt quæ diximus in *Instit. lib. 4. tit. 5. §. ult.*

Digitized by Google

DIGESTI
ROMANO-HISPANI
PARS SECUNDA.

LIBER V.

TITULUS PRIMUS.

DE JUDICIIS, ET UBI QUISQUE AGERE VEL CONVENIRI DEBEAT.

Cod. lib. 3. titt. 1. et 3. (1).

1 *De duplici argumento hujus tituli.*
2 *Judicia sunt utilia et necessaria Reipublicæ.*
3 *Quid sit judicium, et de tribus personis quæ ad illud requiruntur.*
4 *De aliis personis quæ judiciis interesse solent.*
5 *Judicia ratione originis suut juris gentium, et quoad solemnitates juris civilis.*
6 *Plures judiciorum divisiones,* usque ad 13.
13 *et* 14 *Actor et reus debent habere legitimam personam standi in judicio; et qui eam non habeant.*
15 *et* 16 *De filiofamilias.*
17 *De Magistratibus et excommunicatis.*
18 *Inter patrem et filium nulla lis esse potest, nisi in casibus hic recensitis.*
19 *Quod nemo invitus agere cogitur, cum casibus exceptis.*
20 *Non potest unus convenire pro alio.*
21 *et* 22 *Quibus modis accipiatur verbum* Judex.
23 *Qui nequeant esse Judices.*
24 *et* 25 *De his qui duntaxat in certis causis Judices esse prohibentur.*
26 *De officio Judicis, de partibus judicii, et de nonnullis pertinentibus ad forum competens remissive.*
27, 28, 29, 30 *et* 31 *Cætera de Judice et foro competente.*
32 *De judiciorum terminis.*
33 *Remissiones.*

(1) Tit. 20. P. 3.

Digitized by Google

34, 35 *et* 36 *In Hispania specialia quædam habemus circa personas actoris, rei et Judicis.*

37 *Ubi actor petere potest rem quam alius tenet, vel sibi legata est.*

38 *De foro causarum criminalium.*

39 *De casibus quos Curiæ* (de Corte) *dicimus, et quibus accommodantur, late usque ad num.* 44.

44 *et* 45 *Causæ in queis locum non habent casus Curiæ.*

46 *De foro privilegiario, quo quis possit ordinariam jurisdictionem declinare.*

47 *Judicium executivum summarium est.*

48 *et* 49 *Quæ causæ paratam habeant executionem.*

50, 51, 56, 57 *et* 58 *Ritus seu ordo in judicio executivo servandus.*

52 *Personæ quæ propter debitum ex causa civili non coguntur in carcerem ire.*

53, 54 *et* 55 *Res quæ propter debita ex causa civili nequeunt pignori judiciali* (trava) *subjici.*

1 *Hujus tituli* argumentum tractatur a Gregorio XI. in duas partes divisum, in *totidem titulis*: I. nempe et II. *lib. II. suarum Decretalium.* In *Codice* quoque præter *titulum de judiciis*, qui I. est *lib. III.* agitur *de foro competenti* in *tit. XIII.* et extant plures alii de locis ubi nonnulla judicia instituenda, in *tit. XV. eiusd. lib. III.* Hanc igitur partitionem, quam etiam *tituli nostri* inscriptio ostendit, et nos sequemur, dispicientes primum *de judiciis*, et postmodum de locis ubi exerceri debeant, seu foro competenti.

2 Cum in *prima Digestorum parte*, quæ quatuor libros hucusque expositos complectitur, Justinianus egisset de præparatoriis judiciorum, id est, de iis quæ litis contestationem præcedunt, olimque dicebantur fieri *in jure* apud Prætorem antequam iretur ad Judicem, ut monuimus in *Instit. in pr. de act.* opportunum putavit de ipsi judiciis in *hac secunda* tractare: quæ quam utilia sint Reipublicæ, si bona exerceantur fide, imo et necessaria, nemo non videt, cum rixas et tumultus præcidant, quibus alioquin cives inter se disceptarent cum ipsius Reipublicæ internecione, quod quam longissime ablegare merito leges curarunt, *l. 13. quod met. caus. l. non est singulis 176. de divers. reg. jur. l. 14. C. de Judæis et cœl.* et insuper suum cuique tribuunt (1).

3 Verbum *Judicium* varias in jure significationes habet, quarum quindecim enumerat Glossa in *cap. in judiciis 10. de reg. jur. in 6.* Sed in *hoc loco*, ut definivimus in §. 1. *Instit. de action.* est: *Legitima rei controversæ inter actorem et reum apud Judicem tractatio in eum finem instituta, ut lites publi-*

(1) L. 2. tit. 22. P. 3.

ea auctoritate dopiantur (1). Tres igitur personæ ad constituendum judicium necessariæ sunt (2), actor scilicet qui petit (3) reus à quo vel adversus quem petitur (4), et Judex qui de lite cognoscit, eamque sua auctoritate dirimit (5). Quod ad actorem attinet; sufficit ut ficte interveniat, id est, aliquid adsit quod eum repræsentet. Sic quando Judex in causa criminis ex officio procedit prævia infamia, vel facti notorietate, hæ loco actoris seu accusatoris habentur, *cap. qualiter 24. §. de accusat.* ibi: *Quasi denunciante fama, vel deferente clamore.* Quoad reum vero animadvertendum est, satis esse ut sit certus in se, quamvis Judici de eo nondum constet; ut cum de crimine notorio, cujus auctor ignoratur, inquirit in genere, quis illud commiserit, justa *l. 1. §. qui quæstionem 21. de quæst.* Nisi dicamus necdum esse judicium cum Judex generaliter tantum inquirens procedit. *Actor* ab *agendo* dictus est, et in causis criminalibus speciali nomine appellatur *accusator: reus* à *re*, quia in judicio de ejus re præcipue agitur: *Judex* denique à *jus dicendo.*

4 Præter tres relatas personas sunt et aliæ quæ judiciis intersunt seu interesse solent, sed accessorie duntaxat, et ita ut judicium sine illis consistere valeat. Harum quædam litigatores juvant, ut procuratores, Advocati, testes; alia Judicem, ut Adsessores, Tabelliones, Apparitores.

5 Sunt autem judicia ratione originis ex jure gentium, et quoad solemnitates juris civilis, seu positivi. Prima pars ostenditur ex ipsa generis humani necessitate, quod sine judiciis posse in pace et societate vivere impossibile est, rixis et clamoribus continuò Rempublicam turbantibus, ut consideranti facile patebit. Secunda manifesta est, cum nemo non sciat, jus civile judiciorum solemnitatis introduxisse: unde hæ omnes à voluntate legislatoris pendet; non ita illa quæ ipsam judicii substantiam respiciunt, ut petitio actoris, defensio rei, probatio causæ, quando de ea non constat.

6 Plures judicii enumerantur divisiones. Primo dividitur ratione finis in *criminale* et *civile* vel *pecuniarium*, *l. 13. C. hoc tit. l. 5. §. 1. C. de jurisd.* Criminale est: *In quo agitur ad vindictam publicam, seu pœnam publicæ disciplinæ in delinquentes exercendam.* Civile: *Quod ob commodum privatum insistitur*, seu: *Quo petimus quod nostra interest.* Westembergio in *hoc tit.* perperam divisionem istam ex origine facit, judicium criminale appellans quod ex crimine nascitur, et civile quod ex causa civili: nam siquis ex furto agat,

(1) D. l. 22.
(2) L. 10. tit. 4. P. 3.
(3) L. 1. tit. 2. P. 3.
(4) Pr. tit. 3. P. 3.
(5) L. 1. l. 12. tit. 4. P. 3.

ut consequatur rem sibi surreptam, vel pœnam dupli, judicium civile erit, etsi ex crimine ortum. Heinnec. etiam in *hoc tit.* eamdem divisionem derivat ex ratione causarum seu mæteriæ, inquiens, judicium civile illud esse, quo de causis civilibus, id est, rebus ad nostrum patrimonium pertinentibus disceptatur: criminale vero id, quo agitur de publicæ disciplinæ severitate in delinquentes: quod non displicet, quia eodem recidit ac facta ratione finis, ut exemplum de furto modo relatum etiam demonstrat. Criminale judicium subdividitur in *publicum*, quod ex legibus publicorum judiciorum descendit, et in *privatum*, quod ex laudatis legibus non venit, *l. 1. de publ. jud. l. 3. §. ult. de prævar.* Sed de hoc argumento aliisque similibus amplius et opportunius loquemur in *titt. de privat. del.* et *de publ. jud.*

7 Dividitur secundo judicium ratione causæ sive materiæ in *petitorium: Quod de proprietate disputatur*, et in *possessorium: Quo agitur de possessione vel adipiscenda, vel retinenda, vel recuperanda, l. 14. §. ult. de except. rei jud.* Tertio dividitur eadem ratione in *universale: Quod agitur de universitate juris*, ut hæreditate, *l. 18. §. ult.* cum *l. seq. de hæred. petit. generale: Quo de genere, pluribusque rebus in eo contentis*, ut de societate, negotiis gestis, tutelave, *l. 38. pro soc.* et *singulare* seu *speciale: Quod de rebus singularibus contenditur, d. l. 38. l. 1. de rei vindic.*

8 His judiciorum divisionibus, quæ ratione materiæ emergunt, annumerant DD. communiter aliam in *reale* et *personale*. Judicium reale vocant: *Quo utimur actione in rem petentes aliquid tanquam nostrum*: personale: *Quo utimur actione in personam, convenientes reum tanquam nobis obligatum ad aliquid dandum aut faciendum.* Quæ divisio certa est, probataque expresse in §. 1. *Inst. de act* et *alibi*: cæterum ex ratione materia, seu rei in quæstionem deductæ eam venire, non agnoscimus. Salva etenim utriusque judicii natura, eadem uniuscujusque materia esse potest: ut putà, sive petas à Titio Stichum tanquam tuum, sive illum convenias ut eumdem tibi tradat, quia ipsum tibi vendidit. Non igitur explodimus hanc divisionem, sed duntaxat dicimus, eam non venire ex diversitate materiæ, ut cæteræ quæ hucusque retulimus, sed ratione personarnm litigatium, seu potius juris quod actor sibi esse intendit, ut ostendimus in *Inst.* §. 1. *de act. num.* 3.

9 Laudata ratione personarum litigantium dividitur etiam judicium in *duplex* et *simplex*. Duplicia judicia appellantur illa: *In quibus uterque litigans actoris* et *rei partes sustinet*, qualia sunt judicia finium regundorum, familiæ erciscundæ, et communi dividundo: de quibus singulis in propriis titulis *lib. x.*

Digitized by Google

loquemur ex professo. Simplicia dicuntur ea: *In quibus unus tantum agere potest, alter conveniri.*

10 Ratione modi seu formæ dividitur judicium in *ordinarium*, quod etiam *plenarium* et *solemne* dici solet, et *summarium* seu *extraordinarium*. Ordinarium est illud: *In quo juris ordine* et *solemnitatibus servatis de causa cognoscitur* et *pronunciatur*; extraordinarium vero seu summarium: *In quo Judex summatim cognoscit neglectis juris solemnitatibus, et quodammodo sola rei veritate inspecta.* Huic judicio locus est in causis quæ moram non ferunt, sed celerem exigunt expeditionem, ut sunt causæ alimentorum, *l. 5. §. 8. de agnosc. et alend. lib.* momentaneæ posessionis, *l. un. C. si de moment. possess.* et *similes.*

11 Olim etiam alio sensu judicia dividebantur in *ordinaria* et *extraordinaria.* Ordinaria appellabant ea: *In quibus Prætor seu Magistratus jubens duntaxat ea quæ ante litis contestationem dicebantur fieri in jure, partes ad Judicem pedaneum mittebat, ut coram eo lis ageretur.* Vocabantur autem ordinaria, quia modus ita cognoscendi et judicandi frequens et ordinarius erat. Quia vero nonnullæ erant causæ quas Magistratus ad Judicem non mittebant, sed per semetipsos de eis cognoscebant: hæc judicia prætoria, extraordinaria dicebantur, seu extraordinariæ cognitiones, quia præter morem judiciorum, ordinarium et usitatum agebantur. Sed postquam Dioclet, et Maxim. in constitutione sua quæ extat in *l. 2. C. de pedam. jud.* jusserunt ut Magistratus per se ipsos de causis cognoscerent, hæc divisio judiciorum cessavit: eoque respiciens Justinianus dixit in §. *ult. Instit. de interd.* hodie omnia judicia esse extraordinaria, sive in omnibus jus dici extra ordinem, id est; extra morem illud frequentem, quem modo meminimus.

12 Et tandem si extra metas juris civilis aliquantulum progredi volumus, dicemus dividi etiam judicium in *eclesiasticum* et *sæculare.* Illud est: *In quo agitur de causis ad forum eclesiasticum pertinentibus*, sive: *Cujus Judex legitimus est persona eclesiastica potestate pollens, qua talis.* Sæculare è contrario: *In quo agitur de causis ad forum sæculare spectantibus*, sive: *Cujus Judex est persona civili seu sæculari potestate gaudens, qua talis.* Sive hanc divisionem facias ex ratione materiæ, sive personæ judicantis, per me licet.

13 Expositis judiciorum speciebus, operæ pretium erit percurrere ea, quæ consideranda sunt in tribus illis personis, quas in omni judicio desiderari diximus. Tam in actore, quam in reo omnino requiritur ut legitimam personam standi in judicio habeant, id est, se obligare queant: omnes vero habent, nisi qui speciali causa prohibentur: quales sunt nedum servi (1), qui

(1) L. 8. tit. 2. P. 3.

jure civili pro nullis habentur, sed etiam furiosi, prodigi, impuberes, minoresque sine auctoritate et consensu tutorum, vel curatorum, qui proinde à limine judicii repellendi sunt, *tit. C. qui legit. pers. stand. in jud. hab. vel non.* Ratio clara est; quia nempe in judicio quasi contrahitur, et litigatores sibi invicem obligantur, quod in memoratas personas cadere non posse, palam est. Ex minoribus tamen excipe eos, qui veniam ætatis impetraverunt, *l. 10. C. de appellat.* hi etenim cum ita efficaciter sese obligent, ut in integrum restitutionis beneficio non gaudeant. *l. 1. C. de his qui veniam ætat.* nihil eis obstat, quominus et agere et conveniri possint.

14 Et animadvertere oportet, ratione causæ permitti non nunquam servit, ut agere valeant, nimirum in causa sui status (1), et in illis quæ publicam utilitatem concernunt, *l. vix 53. l. 67. hoc tit. l. 20. C. de his qui accuss. non poss.* Sed et conveniri possunt criminaliter ad pœnam corporalem, *l. 12. §§. 3. et 4. de accussat.* quod etiam de minoribus dicendum: imo et de impuberibus pubertati proximis qui doli capaces sint, *l. pupillum 111. de div. reg. jur. l. 23. de furt. §. 18. Instit. de obl. quæ ex delict. nasc.* Judicium vero momentanæ possessionis ita privilegiarium est, ut in eo actio per quamlibet personam exerceri valeat, *l. ult. C. qui leg. pers. stand. in jud. hab. vel non.* quam doctrinam nonnulli intelligunt de interdictis retinendæ et recuperandæ possessionis, non cum agitur de adipiscenda, vide *l. 8. C. unde vi*, et *l. 1. C. si per vim.*

15 De filiofamilias aliud atque aliud dicendum pro diversitate peculiorum. Si agatur de peculiis castrensi vel quasi castrensi, ipse agere vel conveniri debet, cum in eis pro patrefam. habeatur, *l. 2. de senat. Maced. l. ult. C. qui testam. fac. poss.* Si de peculio profectitio, quod totum esse patris constat, ipse pater actor debet esse, vel reus, non filius, nisi pater abfuerit vel alia legitima causa impeditus agere non possit: quo casu filiusfam. actionem instituet, non directam, quæ patri competit, sed utilem sive in factum, et quidem ex omni causa, sive ex maleficio, sive ex contractu obligatio descendat, dummodo de rato caveat, *l. si longius 18. §. 1. hoc tit. l. si cum 9. §. 1. de compens.* (2). Licet enim Paulus in *l. filiusfamilias 9. de obl. et act.* dicat filiumfam. nullam suo nomine actionem habere, nisi injuriarum, quod vi aut clam, depositi, et commodati; tamen paulatim eo decursum est, ut filius, impedito patre, omnes actiones exercere possit, ut optime explicat sumus Cujac in *d. l. 9.* eoque referendæ leges quas modo laudavimus. Si de peculio denique adventitio agen-

(1) D. l. 8. (2) L. 2. tit. 5. P. 3.

dum, distinguemus an ordinarium sit, cujus scilicet proprietas filii est, ususfructus patris; an extraordinarium, in quo filius proprietatem plenam seu conjunctam cum usufructu habet. Si primum, pater actionem movebit et suscipiet, filii consensu adhibito, nisi hic in prima ætate fuerit, vel longe absens, *l. ult. §. 3. C. de bon. quæ lib.* Re igitur maturius examinata, recedimus à sententia huic contraria, quam Vinnium secuti tenuimus in *Inst. §. 10. de act.* Si vero peculium extraordinarium fuerit, filius aget et convenietur consentiente patre, *d. l. ult. in pr.* Hoc quidem ex jure *Codicis*, sed attento jure novissimo statuto novel 117. §. 1. qua filiofam. perfectæ ætatis permittitur quo velit modo disponere inter vivos de hoc peculio adventitio extraordinario, crediderim, eum liberam potestatem habere et actionem movendi et suscipiendi circa illud, insuper habito patris consensu.

16 Non est igitur confundendus filiusfam. in hoc argumento cum cæteris quos *supra* numeravimus, servis, furiosis, prodigis, impuberibus, et minoribus: quia isti, demptis casibus *ibidem* recensitis, simpliciter et generaliter prohibentur in judicio stare sive agentes, sive conventi, ex vitio quod est in persona, conditione nempe servili, vel defectu judicii: qua ratione nedum prohibiti sunt stare in judicio per semetipsos, sed etiam procuratores constituere, qui pro ipsis stent. Contrarium evenit in filiofamilias, qui duntaxat removetur à stando in judicio in causis peculiorum profectitii et adventitii ordinarii, non tam ex vitio personæ, quam quia cum sit patris totum profectitium, et adventitii ususfructus cum jure administrandi, potius patris quam filii interesse putatur eorumdem utilitas: actio autem ei competit cujus interest. Cessante itaque ratione ista, nihil oberit filiofamilias quominus in judicio stet, sive causa peculii castrensi vel quasi, sive conventus ex qualibet obligatione tam ex contractibus, quam ex delictis orta, *l. tam. 57. hoc tit. l. 39. de oblig. et act.* si causam mutui excipias senatuscons. Macedoniano improbatam, *l. 1. de senatusc. Maced.* Similiter et poterit pro alio stare, procuratorio, vel tutorio nomine, *l. 8. de procurat.* (1), *l. 7. de tutel.* quod in cæteris locum non habere, manifestum est.

17 Cavent quoque Romanæ leges, ne Magistratus, quo anno cum imperio sunt, causam judicio agendo vel defendendo sustineant, *l. pars. 48. hoc tit.* posunt tamen rei postulari, sed accusatio differtur, et cautione judicio sistendi causa promittitur in finem honoris, ex rescripto Tiberii, *l. si adulterium 38. §. ult. ad leg. Jul. de adult.* Jure canonico prohibentur etiam stare in judicio ut actores, excommunicati excommunicatione

(1) D. l. 2.

majori, *cap. 7.* ✠ *de jud.* et *aliis*: de qua prohibitione late agunt illius juris Interpretes, plures distinguendo casus.

18 Cum actor sit is qui petit, et reus à quo petitur, patet non posse eumdem actorem et reum esse in eadem causa. Quare inter patrem et filium quem in potestate habeat, cum eadem persona juris fictione censeantur, nulla lis esse potest, *l. 4. hoc tit.* adeo ut si adrogavero eum, qui mecum erat litem contestatus, dissolvatur judicium, ut probat Ulp. ex sententia Marcelli in *l. 11. eod.* addita ratione: *quia nec ab initio inter nos potuit consistere:* excipit vero *d. l. 4.* causam peculii castrensis, cui adjungenda peculii quasi castrensis (1), cum in iis filiusfam. pro patrefam, habeatur, *l. 2. de senat. Maced. l. ult. C. qui testam. fac. poss.* Huc non pertinent quæstiones quæ inter patrem et filium agi possunt, an filius sit necne in potestate, *l. 1. C. de pat. potest.* Sed et alios casus enumerat Glos. in *d. l. 4.* in quibus filius cum patre litigare valet, ut putà alimenta petens, emancipari desiderans quando male à patre contra pietatem afficitur, vel agens contra patrem qui dolose se gerit in fideicommiso quod filio restituere rogatus erat, *l. 5. de liber. agend. l. ult. si à par. quis manumiss.* (2). Sed in his omnibus numquam agere cum patre poterit filius, etsi fuerit jam sui juris, quam obtenta prius venia à Judice, neque cum alio parente seu ascendente (3), ut diximus in *Inst. lib. 4. tit. 6. §. 12.* et *sup. lib. 2. tit. 4. n. 2.*

19 De actore regulam habemus, ut nemo invitus agere cogatur, *l. un. C. ut nemo invit. agere vel accuss. cog.* (4) et meritò; tum quia quilibet favori pro se introducto renunciare potest, *l. pen. C. de pact.* tum etiam, quia non est vituperanda veracunda cogitatio ejus, qui lites exsecratur, *l. 4. §. 1. de alien. jud. mut. caus.* Nonnullos tamen infrequentes casus DD. recensent in quibus fallit hæc regula, traditos in *l. 13. §. pen. de act. empt. l. 75. §. ult. de legat. 1. l. 2. §. 7. de lege Rhod. de jac. l. 60. §. 5. locad. cond. l. 8. §. 3. de opt. leg.* Sed et alius exceptionis est casus, et quidem notissimus, quia frequenter accidit, propositus in *l. diffamari 5. C. de ingen. manum.* ubi diffamato interpellante Præsidem seu Judicem, permittitur huic diffamantem cogere vel ut infamiam quam protulit probet, vel ne de cætero illum inquietet, sed ab injuria temperet. Licet autem *lex ista* loquatur solum de quæstione ingenuitatis, tamen quia æqua est, utilisque Reipublicæ, ubique terrarum salubris ejus doctrina ad omnes diffamatos producitur, eisque prodest, ut infamanti renuenti infamiam probare, perpetuum imponatur

(1) L. 2. tit. 2. P. 3.
(2) D. l. 2.
(3) L. 4. tit. 7. P. 3.
(4) L. 46. tit. 2. P. 3.

Digitized by Google

silentium (1). Alterum quoque casum satis frequentem inveniunt Interpretes in *l. si contendat. 28. de fidejuss.* in fidejussore qui timens ne confidejussores labantur bonis, et solvere nequeant, potest creditorem cogere ut vel statim agat, vel ut exceptionem divisionis sibi competentem quando cæteri solvendo sunt, admittat. Ex *qua lege* DD. generaliter defenduunt, eum cui jus aliquod competit, posse illud in judicium deducere, ut declaretur sibi competere, atque ita ei omnem eventum prosit, Mol. *de Hisp. primogen. lib. 3. cap. 14. num. 31.* Covarr. 1. *var. cap. 18. num. 3.* qui insuper *nn. seqq.* probat utentes remediis *dd. ll. diffamari, et si contendat*, posse ea proponere apud Judicem coram quo ipsi per actorem conveniendi essent. Palam autem est, in omnibus istis exceptionis casibus omnino deficere rationes duas *sup.* relatas quibus regula nititur.

20 Quod reum spectat, animadvertendum est, non posse unum pro alio conveniri; quamvis arctissimo vinculo inter se conjungantur: si nec uxor pro marito, nec filius pro patre, neo vice versa conveniri poterunt, *tit. ne uxor pro marito, et ne filius pro patre*, nec vicaneus pro alio vicaneo, *l. un. C. ut nullus ex vican.* ubi optime dixit Zeno: *Grave est non solum legibus, verum etiam æquitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestari:* quod etiam et potius in obligationibus ex delicto nascentibus locum habere, nemo non videt. Tenentur quidem pater et dominus, et conveniri possunt actionibus prætoriis de peculio ex contractibus filiorum et servorum; sed hoc, quia qui cum his contrahunt, quodammodo cum patre et domino, qui peculium concesserunt, contrahere censentur quatenus peculium suppetit, ut sæpe diximus in *Instit.* loquentes de actionibus de peculio, et iterum dicemus *lib. 15. tit. 1.* Ex delictis servorum conveniri etiam possunt domini actionibus noxalibus, dictante id summa ratione quam tradidimus in *Inst. lib. 4. tit. 8.*

21 Verbum *Judex* olim frequentissime accipiebatur pro Judice pedaneo, qui à Prætore aliove Magistratu datus, nudam tantum notionem habebat, *l. 12. §§. 1.* et *2. hoc tit.* et *tit. C. de pedan. jud. et passim*, et sic appellatus videtur, quia in pedaneis seu minoribus subsellis sedebat, ut pedibus humum calcaret, non pro tribunali, ut ait Westemb. *hoc tit. n. 28.* Nonnunquam tamen ipse Prætor aliusve Magistratus, qui jurisdictioni præerat, *Judex* etiam dicebatur, *l. 1. l. pen. hoc tit.* et *alibi.* Quia vero id minus erat frequens, sæpissime Judices Magistratibus opponebantur, seu ab eis separabantur, *l. 15. de re jud.* et *alibi.* Sed postea mutato veteri judicandi ritu per constitutionem Dioclet. et Maxim.

(1) D. l. 46.

Digitized by Google

quæ extat in *l. 2. C. de pedan. jud.* qua jubetur ut Magistratus non dent Judices pedaneos, sed per se ipsos judicent, nisi propter occupationes publicas, vel multitudinem causarum ipsi cognoscere nequeant; simpliciter et generaliter sine ullo offendiculo *Judices* appellamus omnes eos qui jurisdictione gaudentes de causis cognoscunt. In hoc sensu et nos loquemur, et quotiescumque opus fuerit de pedaneis loqui, id exprimere curabimus. De Arbitris autem, qui, ut vidimus *supra lib. 4. tit. 8. n. 5.* proprie Judices appellari nequeunt, *hic* non loquimur.

22 Licet ante *laudatam constitutionem* Diocletiani et Maxim. regulare erat verbo *Judices* significari pedaneos, et non Prætores similesve Magistratus qui jurisdictioni præerant; tamen quæ de Judicibus pedaneis traduntur in *l. cum Prætor 12. §. 2.* et *seq. l. 46. hoc tit. aliisque* similibus desumptis ex Paulo et aliis Jurisconsultis Diocletiano antiquioribus, accomodant DD. Judicibus posterioris ævi, seu jurisdictione pollentibus; et meritò, quia eadem in utrisque ratio. Judicem esse eum: *Qui publica auctoritate judicans seu de causa cognoscens litem terminat* et in eo differre ab Arbitro, qui privata partium conventione cognoscit, ostendimus *sup. lib. 4. tit. 8. n. 5.*

23 Possunt hanc publicam potestatem accipere, seu esse Judices, quicumque non prohibentur, sive sui juris sint, sive filiifam. *d. l. 12. §. ult.* Quidam autem, ut ait Paul. in *d. l. 12. §. 2.* (1), impediuntur natura; quidam lege; quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, perpetuò furiosus, et impubes, quia judicio carent. Lege, qui senatu motus est, propter turpitudinem scilicet, nec restitutus est, ut ex lege Julia repetundarum addit Marcellus in *l. 2. de senator.* Moribus, feminæ et servi: non quia non habeant judicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur. Quia vero *l. 2. de off. Adsess.* docet, non posse infames officio Adsessoris fungi; et *lex 1. ad leg. Jul. de vi priv.* infames omni honore carere; atque eo respiciens Constantin. in *l. 2. C. de dign.* statuit dignitatis portas infamibus non patere, generaliter dicendum est infames Judices esse prohiberi (2), ut monet Glos. in *l. 7. de recept. Arb.* Minor 20. annis, quamvis cogi non possit ut Judex sit, *l. cum lege 41. de rec. Arb.* esse sponte sua non prohibetur, dummodo major 18. annis fuerit: æquissimum ergo erit sententiam ab eo dictam tueri, ut ait Ulp. in *l. quidam 57. de re jud.* ut putà si magistratum gerit, et Prætor factus jus dixerit. De cæco habemus ex Ulpiano in *l. 6. hoc tit.* Judicem esse posse. Cæterum ipse Ulpianus latius de eo agens in *l. 1. §. 5. de postulan.*

(1) L. 4. tit. 4. P. 3. l. 7. *cum* seq. tit. 9. lib. 3. Recop.

(2) L. 4. tit. 4. P. 3. l. 7. tit. 9. lib. 3. Recop.

Digitized by Google

ita distinguit, ut possit magistratum jam coptum retinere, ad novum vero aspirare prohibeatur. Et tandem Justinianus *novel. 82. in pr.* et *cap. 1.* voluit, ut duntaxat legum gnari sive periti Judices crearentur. Animadvertendum autem hic est, quod si aliquis servus liber existimabatur, atque ita Judex fuerit designatus, validæ erunt sententiæ quas, dum ejus conditio latuit, dixit, *l. Barbarius 3. de offic. Præt.* (1): unde axioma: *Error communis jus facit.*

24 Sunt præterea nonnulli qui licet simpliciter Judices esse valeant, tamen in certis causis, propter spem emolumenti, vel aliam justæ suspicionis rationem à judicando arcentur, ut proinde eorum inhabilitas non sit absoluta & generalis, sed respectiva et particularis, ut in simili diximus de testibus in *Instit. lib. 2. tit. 10. §. 9.* Sic, nedum nullus potest Judex esse in causa propria, id est, cujus emolumentum vel damnum, ad eum suo nomine pertinet, *l. 1. §. 11. quand. appell.* ut generali lege sancitum est, *l. un. C. ne quis in sua caus.* (2). Sed nec esse debet in causa uxoris, vel liberorum suorum, libertorum, cæterorumque quos secum habet, *l. qui jurisdictioni 10. de jurisdict.* Ad sedandam autem pugnam inter *legem istam*, et *legem 77. hoc tit.* quæ ait: *In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem Judicem haberé potest.* cujus ratio traditur in *l. seq.* quia nimirum judicare publicum munus est; plures conciliandi modos Interpretes adducunt, recensitos à Glossa in *d. l. 10.* Gothof. in *d. l. 77.* et Cujacio in *eisd. ll. 10.* et *77.* et in *tract. 3. ad African. in pr.* in quibus hocce argumentum subtilissime examinat: an æque feliciter asserere non audeo. Non est igitur facilis compositu hæc antinomia. Illud vero certum est, in causis de injuris lege Cornelia cautum esse, ut non judicet qui ei qui agit gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propriusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve attingit, ut scribit Ulpianus in *l. 5. de injur.*

25 Præterea tanquam suspectus à judicando removetur, qui in causa de qua agitur fuerit Advocatus, *l. ult. C. de Adsess. l. 6. C. de postulan.* (3), vel alteri ex ligatoribus inimicus, *l. 9. de liber. caus.* ex *qua lege*, aliisque rationibus bene probat Voet *hoc tit. n. 43.* necessarium esse, ut suspicionis causa designetur.

26 De Judicis officio ex professo actum in *Inst. lib. 4. tit. 17.* atque in *eod.* et in *præced.* de partibus judicii, earumque effectibus. Tempus itaque jam est, ut de secunda *hujus tit.* parte sermonem instituamus, de locis nempe ubi judicia exercenda, seu de foro competenti. Et quia de hoc argumento plura etiam diximus in *Inst. d. lib. 4. tit. 6. in pr.* à

(1) L. 4. tit. 4. P. 3. l. 8. tit. 9. lib. 3. Recop.

(2) L. 10. tit. 4. P. 3.

(3) D. l. 10. tit. 4. P. 3.

Digitized by Google

num. 13. et nonnulla quoque *sup. tit. de jurisdict.* et *aliquot seqq. lib. 1.* nobis licebit breviores esse.

27 Omnibus Judicibus designatum esse territorium in quo et non alibi eis liceat judicare (1), nemo est qui nesciat: quo respiciens Jurisc. Paulus in *l. ult. de jurisd.* pulchre eleganterque dixit: *Extra territorium jus dicenti impune non paretur*, ut monuimus *sup. tit. de jurisdict. n. 19.* adeo, ut nec per prorogationem ejus jurisdictio possit extra territorium extendi, quia ibi persona privata est, ut probavimus *d. tit. n. 30.* Idemque esse addit Paul. in *d. l. ult.* si velit Judex supra jurisdictionem suam jus dicere, id est, de rebus, vel inter personas quæ suæ jurisdictioni subjectæ non sint. Ut ergo Judex legitimam judicandi potestatem habeat, nedum in territorio suæ jurisdictionis, sed et de causis atque inter personas, quæ eidem subjiciantur, jus dicere necesse est (2). Dum id contingit *Judex competens* dicitur, apud quem et non coram alio, lites omnes necessario exercendæ: locus autem earum exercendarum *forum* appellatur: quod si congruum et legitimum est, etiam *competens* nuncupatur.

28 Cum judicia instituta sint coercendi reos causa, deque horum re præcipue in illis agatur; forum rei, forum competens est, id est, judicium exercendum à Judice qui competens sit respectu rei (3), licet forte actor alium Judicem habeat. Hinc famosa regula: *Actor rei forum sequitur*, tradita in *l. ult. C. ubi in rem act.* et *passim.* Forum autem competens vel generale est seu commune, in quo nempe omnes rei causæ agi possunt, vel particulare, ubi duntaxat ex quæ certi sunt generis. Ad primam clasem referunt vulgo forum quod *originis* appellant (4). Cæterum, quia probabile est non pertinuisse ad judicia, missum illud facimus: vide Heinec. *hoc tit. n. 32.* et *seq.* Et quia de reliquis qui sunt in usu satis egimus in *Inst. d. lib. 4. tit. 6. in pr. à n. 13.* si judicia excipias criminalia, de foro solum ubi hæc institui debent, quod *illic* deest, *hic* supplebimus, et pauca de foro privilegiario dicemus.

29 Plura ratione delicti sunt fora seu loca in quibus delinquens conveniri poterit, ut putà locus ubi delictum commissum vel inchoatum est, *l. 1. C. ubi de crimin.* (5), ubi delinquens domicilium habet, *l. 2. eod.* (6). et ubicumque reperitur, *d. l. 1.* quia debet Magistratus territorium suum malis hominibus purgare, *l. 3. l. 13. de offic. Præsid.*

(1) L. 7. eod.
(2) L. 12. tit. 22. P. 3. d. l. 7.
(3) L. 32. tit. 2. P. 3. l. 21. tit. 5. lib. 2. Recop.
(4) D. l. 32.
(5) D. l. 32. v. *La decena*, l. 15. tit. 1. P. 7.
(6) D. l. 15.

Digitized by Google

30 Superest ut animadvertamus, forum nonnunquam competens esse ex privilegio, id est, insuper habitis rationibus seu causis ob quas tale communiter evadit: quod privilegium vel concessum est ratione causæ, vel ratione personæ. Prioris generis exempla habemus de causis fiscalibus in *tit. C. ubi caus. fisc.* et de ecclesiasticis in *tit. C. de episcop. audient.* Sic etiam in causa de rationiis forum est competens locus ubi negotia gesta sunt ex tutela, vel ex quocumque alio titulo, *l. 1. l. 2. C. ubi de ratiocin.* (1) Similiter in causa possessoria hæreditatis, non locus domicilii, sed ubi res hæreditariæ sitæ sunt, forum est competens, *l. un. C. ubi de hæred.* Ratione personæ foro privilegiario gaudent, etiam dum agunt, pupilli, viduæ, aliique fortunæ injuria miserabiles, ut adversarios suos possint statim ad consistorium Principis evocare, *l. un. C. quando Imp. inst. pup.* (2).

31 Competentia fori initio duntaxat litis inspicienda. Ratio hujus est: quia cum judicium debeat finem accipere ubi initium sumpsit, *l. ubi accepium 30. hoc tit.* frustra reus petet alio illud transferre, allegans Judicem aditum jam sibi competentem non esse, quia forte ipse reus miles, vel alterius fori esse cœperis, *l. si quis 7. eod. l. 2. C. de jurisd. omn. jud.* (3). Similiter etsi venditor ab emptore denuntiatus ut eum evictionis nomine defenderet, diceret se privilegium habere sui juris; ad Judicem apud quem lis inter petitorem et emptorem cœpta est, ire debet, *l. 49. hoc tit.* (4). Sed et hæres defendendus est, et conveniendus in ipso foro defuncti, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur, *l. hæres 19. hoc. tit.* Si autem plura fuerint fora rei, liberum actori erit eligere quod voluerit, *l. ult. C. de jurisdict. omn. Jud.* arg. *l. 2. §. 3. de ed quod cert. loc.* Covarr. *var. lib. 1. cap. 18. n. 6. et præt. quæst. cap. 7. n. 5. vers. Sexto.* Limita tamen hanc doctrinam cum ipso Covarr. et Carlev. *de Judic. lib. 1. tit. 1. disp. 2. sect. 7. n. 608.* ut locus ei non sit, quando reus plura habet ex privilegio, tunc etenim ipsius erit electio, ut in hoc vel illo conveniatur.

32 Quamvis judicia utilia et necessaria in Republica sint ad rixas et tumultus vitandos, ut ostendimus *sup. n. 2.* tamen, cum finis eorum sit ut suum cuique tribuatur (5), facile patet publice interesse, ut in quantum possit terminentur cito (6), atque ita unusquisque rebus suis tranquille placideque fruatur. Merito igitur statuit Justinianus ut causæ criminales biennii metas à lite contestata numerandi non excederent, *l. properandum 13.*

(1) L. 32. tit. 2. P. 3. v. ult.
(2) L. 5. tit. 3. P. 3.
(3) L. 12. tit. 7. P. 3.
(4) L. 57. tit. 6. P. 1.
(5) L. 2. tit. 22. P. 3.
(6) L. 14. tit. 4. P. 3.

Digitized by Google

in pr. C. hoc tit. l. 3. C. ut intr. cert. temp. (1), et civiles seu pecuniariæ triennio finirentur, *d. l. 13. §. 1.* (2), ubi duas tantummodo causas excipi voluit, fiscales nempe, et eas quæ ad publicas respiciunt functiones, non quidem ut triennio tardius protrahi valeant, sed quia citius absolvendæ: illæ nimirum intra sex menses, *l. ult. C. de jur. fisc.* et hæ intra tres, *l. generali 54. C. de decurion.* Sed et causæ excusationis à tutela vel cura intra quatuor menses continuos à die nominationis cognitæ terminandos, finiri debent, *l. 38. de* excus. Licet enim earum non meminerit in *d. l. 13. §. 1.* nemo credet, voluisse hoc tempus in præjudicium pupillorum protelare, maxime quando de coarctando satagebat. Et tandem Justinianus ipse jure novissimo pie religioseque constituit in *præfat. novel. 83. §. 2.* ut si clerici de criminibus conveniantur) civilibus, id est, non ecclesiasticis, causa duos menses non excedat.

33 Pleraque ad hoc argumentum spectantia *hic* omittimus, quia vel exposita *sup.* in *titt. 4.* et 12. *lib. 2.* ac in eis quos *n. 26.* nuper retulimus, vel exponenda opportunius in *tit. de re judicat. aliisque.*

34 "In Hispania nonnulla statuta habemus vel præter vel contra ea quæ ex jure Romano in *hoc tit.* tradidimus. Imprimis etenim de persona actoris invenimus in *l. 47. tit. 2. P. 3.* exceptionem quamdam famosæ regulæ: *Nemo invitus agere cogitur*, expositæ *supra n. 19.* Exceptionis casus est in Mercatoribus aliisve itercantibus, qui, si timuerint Fitium exspectare fraudulenter tempus quo ipsi res habeant paratas ad iter instituendum, ut eis tunc temporis actionem intendat, poterunt eum cogere ut statim agat vel alias non audiatur, donec domum suam fuerint reversi. Præterea *lex 7. eod.* generaliter statuit, ut filiusfam. agere volens, non agat nisi præsente patre in cujus potestate est: cæterum si pater eo loco abfuerit, permittit filio, ut possit per se ipsum agere, si fuerit mayor XXV. annis; sin vero minor, debet ei curator in litem dari, hujusque consensu actionem instituet. Habentur hæc omnia in secunda parte *d. l. 7.* quæ de filiofam. acfore loquitur; eademque observari ab eo, quando reus est, præcipit pars prima. Cum autem doctrina *hujus legis* generalis sit, merito eam intelligit Greg. Lop. in glos. 1. *ejusd.* de omnibus casibus in quibus filiusfam. potest conveniri.

35 "Quod attinet ad personam Judicis, videmus *legem 4. tit. 4. P. 3.* et *l. 7. tit. 9. lib. 3. Recop.* generaliter prohibere cum posse esse Judicem, non distinguentes ut jus Romanum facit in *l. 1. §. 5.* de *postulan.* uti diximus *d. n. 23.* Similiter

(1) L. 7. tit. 29. P. 7. l. 9. tit. 6. P. 6.

(2) D. l. 9.

» vetant quominus Religiosi Ju-
» dices fieri possint. Licet autem
» prohibitionem quoque de femi-
» nis statuant, ut leges etiam Ro-
» manæ cavent; tamen exceptio-
» nem his ignotam adjiciunt, ut
» nempe valeant Judices esse Re-
» ginæ, Comitissæ, aliave domi-
» næ, quæ dominationem (*seño-*
» *río*) alicujus regni, seu ditionis
» vel territorii habeant, adhibito
» consilio sapientium, ut ita jus-
» te jus reddant. *Lex* vero 5.
» *tit.* 4. *P.* 3. et *l.* 3. *tit.* 9.
» *lib.* 3. *Recop.* quæ illam trans-
» cripsit, nulla adhibita distinc-
» tione exigunt, Judicem ordi-
» narium majorem 20. annis esse;
» permitentes ut delegatus esse
» possit, si voluerit, minor 20.
» annorum, si 18. annum exce-
» dat, quin cogi valeat, si fue-
» rit invitus: quam distinctionem
» fecisse jus Romanum, vidimus
» *supra n.* 23. in Judicibus ta-
» men simpliciter, non separans
» delegatos ab ordinariis. Exigit
» quidem *l.* 2. *eod.* quæ recen-
» tior est. *d. l.* 3. ætatem 26. an-
» norum; sed non loquitur de om-
» ni Judice, sed de eo tantum qui
» fuerit Jurisperitus, ibi; *ningun*
» *Letrado.* Non itaque nobis pla-
» cet opinio Azev. in *laudata le-*
» *ge* 2. volentis per eam ita cor-
» rigi *d. l.* 3. ut nunc omnis Ju-
» dex debeat esse major 26. an-
» norum; tum, quia duntaxat de
» Jurisperito loquitur, ut modo
» diximus; tum etiam, quia nul-
» lam mentionem facit *d. l.* 3. ne-
» que *d. l.* 5. *tit.* 4. *P.* 3. Cui
» accedit, quod si *l.* 2. correcto-
» ria æstimaretur *d. l.* 3. non re-
» cte huic fuisset in ordine ante-
» posita. Nec correctiones facile
» admittendæ sunt. Sed neque
» mirum videri debet, majorem
» ætatem leges nostras desiderare
» in Judice Jurisperito, quam in
» illiterato seu *lego*, ut loquimur
» quia defectum debitæ maturi-
» tatis judicii quoad causas gra-
» viores, suplet in isto Adsessoris
» scientia, quem tenetur assume-
» re: cui in Jurisperito locus non
» est.

36 » Dum autem actor reus-
» ve Judicem tanquam suspectum
» à judicando arcere desiderat,
» debet justam causam recusatio-
» nis exprimere et probare, si ex
» iis fuerit Judex qui in Regiis
» Auditoriis, aut Conciliis judi-
» cant, *l.* 1. cum *seq. tit.* 10.
» *lib.* 2. *Recop.* at si inferior sit,
» necesse non est, ut causam ex-
» primat, *l.* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *Re-*
» *cop.* semper vero recusans ca-
» lumniæ juramentum præstare
» tenetur, *dd. ll.* in quibus etiam
» effectus recusationis traduntur.
» In judiciis ecclesiasticis causa re-
» cusationis exprimenda est, *cap.*
» 41. §. 1. *de appellat.* Vide
» D. Covar. docte ut solet de hoc
» argumento disserentem, *prætu*
» *quæst. cap.* 26. et Hevia Bo-
» laños in *Cur. Filip. part.* 1. §.
» *Recusacion*; et quoad jus ca-
» nonicum ejus Interpretes.

37 » Circa fori competentiam
» statum est in *l.* 32. *tit.* 2. *P.*
» 3. *vers. E la docena*, reum te-
» nentem rem aliquam mobilem
» conveniri posse ubicumque cum
» illa inveniatur, quamvis alieni-
» gena sit; ita tamen, ut si ho-

Digitized by Google

»mo fuerit in quem suspicio non »cadit, ipsi fidejussores danti, qui »præstent satisdationem *judicatum solvi*, permittendum sit ut »alio rem ferat: quo casu lis »agenda erit coram Judice domicilii, si res in loco inventionis permansura non erat, sed »tanquam viator quis cum ea »transibat; vel indistincte coram »eodem, aut in loco inventionis »si illic fuerat remansura, ut recte existimat Gregor. Lop. in »glos. 19. *d. l.* 32. Non datis »autem fidejussoribus, jubet *eadem lex* ut res deponatur, Judexque, quantum possit, celeriter sententiam dicat, ne reus »nimium prematur. Similiter statuit *lex* 48. *tit.* 9. *P.* 6. ut legatarius possit rem certam sibi »legatam ab hærede petere, nedum in locis ubi hæres habitat, »vel major pars hæreditatis existit, sed ubi res ipsa reperitur »sed si res legata fuerit incerta, »vult ut necessario petenda sit »in altero è duobus prioribus locis, vel ubi hæres coperit legata solvere: quam distinctionem »inter legata rei certæ et incertæ »in Romanis legibus expressam »non habemus; sed indistincte »docet *l.* 38. *hoc tit.* rem legatam petendam ubi existit: eam »tamen de re certa juxta relatam distinctionem interpretatur »Glossa, atque ita ipsam conciliat cum *l.* 50. in *pr.* et §. 2. »*eod.*

38 »In causis denique criminalibus fora legitima seu competentia sunt et locus ubi delictum commissum, et ubi reus »domicilium habet, quod et Romanis placuit, ut notavimus *sup.* »*n.* 29. Sed si Judices utriusque »loci inter se contenderint, volens uterque de delicto cognoscere, potior erit Judex loci delicti, si hoc pœnam corporalem »mereatur: læso tamen liberum »est judicem domicilii delinquentis eligere, si accusare voluerit, »*l.* 3. *tit.* 16. *lib.* 8. *Recop.* ibique »Azev. et latissime in *l.* 1. *eod.* »ubi ampliationes et limitationes »nonnullas adducit. Late etiam »de hoc agit Greg. Lop. in glos. »2. *l.* 1. *tit.* 29. *P.* 7. In alio »vero loco, ubi delinquens casu »fuerit repertus, cogendus non »est ut actionem sustineat, nisi »ipse ultro Judici ejusdem loci »se subjiceret, *l.* 15. *tit.* 1. *P.* 7. »*v. E si por ventura*, aliter ac »apud Romanos *d. n.* 29. Ast si »vagabundus sit, ubicumque inveniatur conveniri poterit, *d.* »*l.* 15. *v. E si aquel*: quod etiam »in causis civilibus obtinet, *l.* 32. »*tit.* 2. *Part.* 3. *v. E la oncena*, »sub limitatione nisi fidejussores »dederit, ut in simili diximus *n.* »*præc.* Et tandem statuit *laudata l.* 15. ut reus etiam accusari seu conveniri queat ubi majorem bonorum partem habuerit: idemque generaliter, proindeque et de actione civili probat. *d. l.* 32. *v. La octava.* Cæterum Greg. Lop. in glos. 6. *d.* »*l.* 15. hanc doctrinam intelligit »de casu quo ibi reperiatur delinquens.

39 »Vidimus *sup.* n. 30. in »*margine*, jus nostrum nonnulla »fora privilegiaria probare Ro-

Digitized by Google

» manis legibus stabilia: verum-
» tamen, quia et alia habemus et
» frequenter contentiones in hoc
» argumento occurrunt, de eo non-
» nulla addere opus est. Huc re-
» ferimus casus omnes, quos *Cu-*
» *riæ* seu *de Corte* dicimus, Co-
» varr. *præt quæst. cap. 6.* Hoc
» ut facilius intelligatur, animad-
» vertendum est, illos casus ita
» vocari, in quibus ab initio et
» in prima instantia, ut loquun-
» tur, actiones intendi, judicia-
» que exerceri valent in Regiis
» Auditoriis, Judice inferiore præ-
» termisso. Nam cum in prima
» instantia causæ coram isto agen-
» dæ sint, et solum in secunda
» seu appellationis ad Regia Au-
» ditoria eundum, *l. 21. tit. 5.*
» *lib. 2. Recop. l. 8. tit. 3. lib. 4.*
» *eod.* quod et leges Romanæ
» probarunt, *l. 4. C. de juris-*
» *dict. omn. jud.* necessarium om-
» nino est, ut privilegio sive rea-
» li, sive personali nitatur, qui
» voluerit, ordine isto non serva-
» to, Judicem inferiorem præter-
» mittere, et per saltum Regia
» Auditoria adire, vel ut coram
» eis conveniatur.

40 » Hoc jure seu foro privi-
» legiario gaudent nedum viduæ,
» orphani, aliæque personæ mi-
» serabiles, quæ apud Romanos
» causam ad consistorium Princi-
» pis evocare poterant, ut tradi-
» dimus *d. n. 30.* juxta *l. 5. tit. 3.*
» *P. 3. l. 8. tit. 3. lib. 4. Recop.*
» quæ has quas hic memoramus
» personas exprimunt; sed etiam
» qui litigaturi sunt contra Judi-
» cem inferiorem (*corregidor ó al-*
» *calde ordinario*) aliumve officia-
» lem illius loci, *l. 21. tit. 5. lib.*
» *2. Recop. d. l. 8. tit. 3. lib. 4.*
» *eod.* ex quibus legibus DD. in-
» ferunt, etiam privilegio potiri
» qui pariter litigaturi cum Duci-
» bus, Comitibus, Marchionibus
» aliisve Magnatibus seu Poten-
» tioribus, qui Judices nominant.
» Eodemque fruuntur personæ
» fungentes officio relato in *l. 9.*
» *d. tit. 3. lib. 4. Recop.* inter
» quos recensentur Auditores (*Oi-*
» *dores*): at *l. 10. seq.* corrigens
» quoad hos *præcedentem*, vult ut
» nequeant isti causas proprias ad
» Auditoria, in quibus morantur,
» deferre. Quia vero juro mino-
» rum et orphanorum utuntur
» Ecclesiæ, Monasteria, Hospi-
» talia, Concilia, Civitates, si-
» miliaque corpora, idem privi-
» legium DD. eis competere tra-
» dunt, Carlev. *de jud. lib. 1.*
» *tit. 1. disp. 2. quæst. 6. sect. 7.*
» *n. 586.* et *seq.* Castil. *lib. 3.*
» *quotid. cap. 25. n. 30.* Covarr.
» *pract. quæst. cap. 7. n. 3.* at-
» que ita usus servat.

41 » Pro hujus autem fori pri-
» vilegiarii miserabilium persona-
» rum illustratione, de quo ex
» professo et latissime agit Car-
» lev. animadvertere oportet, ap-
» pellatione *vidua* non intelligi
» hic tantummodo eam quæ vi-
» rum amisit, ut in sensu vul-
» gari et communi, sed etiam
» illam, quæ virum non habuit,
» *l. malum 242. §. viduam 3. de*
» *verb. sign.* licet in materia stric-
» ta seu odiosa non comprehen-
» deretur, ut notat Greg. Lop.
» in *glos. 2. legis. 5. tit. 3. P. 3.*
» Quinimo et eam quoque con-

Digitized by Google

» tineri quæ maritum habet inu-
» tilem, ut putà captivum, dam-
» natum ad triremes seu præ-
» sidia, diu incarceratum, pro-
» cul absentem, diuturno morbo
» laborantem, bene probant Car-
» lev. *ubi sup. n.* 540. plures lau-
» dans, Covarr. *pract. quæst.*
» *cap.* 7. *n.* 2. ubi tamen tempera-
» mentum adhibet in virgine seu
» muliere celebi, ut nempe vitam
» duxerit honestam, et gravis
» sit ætatis. Orphanos vero intel-
» ligimus minores 25. annis, qui
» patre carent, ut interpretatur
» Greg. Lop. in *glos.* 4. *d. l.* 5.
» *tit.* 3. *P.* 3. Covar. *pract. quæst.*
» *cap.* 6. *n.* 2. Carlev. *d. sect.* 7.
» *n.* 566. qui omnes ita in praxi
» receptum esse testantur, quam-
» vis si rigorose loquamur, non
» minores sive puberes, sed soli
» pupilli patre carentes orphani
» dici valeant. Quænam denique
» personæ præter memoratas ita
» sint pauperes et miserabiles, ut
» hoc potiantur foro, arbitrio Ju-
» dicis relictum intelligitur, ut
» cætera quæ certo jure defini-
» ta non sunt, Covar. *d. Cap.* 6.
» *n.* 3. Carlev. *d. sect.* 7. *n.* 529.
» et *seq.*

42 » Ad effectum vero, ut
» quis citetur ad Curiam de jure
» pauperis responsurus apud Ju-
» dices Regios; seu in Regiis Au-
» ditoriis, sufficit summaria quæ-
» dam probatio paupertatis, si-
» cut minoris ætatis, et aliarum
» qualitatum, quarum ratione po-
» test quis ad Curiam vocari, e-
» tiamsi ea probatio facta fuerit
» parte non citata, modo fiat ex
» mandato Auditorum Regiæ Cu-
» riæ. Idem erit ubi qui cita-
» tionis litteras vult impetrare,
» affert è proprio municipio ali-
» quam probationem summariam
» factam ex Judicis inferioris man-
» dato, modo in Curia ex manda-
» to Auditorum, à Tabellione cau-
» sæ unus testis præter alios (*el tes-*
» *tigo de ordenanza* apellamus)
» fuerit ad hoc examinatus. Ita
» enim usus obtinuit, et decre-
» tum est à Carolo I. apud Mon-
» tionem Aragoniæ ann. 1582.
» Covar. *d. cap.* 6. *n.* 2. ex quo
» hunc versiculum ad verbum des-
» cripsimus, quia clarissime et per-
» fecte fuit locutus, et nobis ac-
» commodatissime. Si citatus nega-
» verit qualitatem, et suam in-
» tentionem probaverit ad infe-
» riorem remittenda causæ prin-
» cipalis cognitio, idem Covarr.
» *ibid.* Hinc ad majorem deci-
» sionis hujus casus firmitatem pra-
» xi receptum est, ut quando il-
» lius competentia non est noto-
» ria, quia puta intenditur ex
» paupertate aliave personæ qua-
» litate, de qua dubitari potest,
» præcedat adversarii citatio, ut
» possit quod sibi placuerit obji-
» cere.

43 » Præterea eodem privile-
» gio, reali quidem seu ratione
» causæ, potiuntur, qui de re-
» bus majoratus, seu fideicom-
» misso obnoxiis voluerint litiga-
» re judicio petitorio, *l.* 9. cum
» *seq. tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* Si ve-
» ro lites de his rebus possesso-
» riæ fuerint, seu *de tenuta*; ut
» ajunt, in supremo Castellæ
» Concilio agendæ, *dd. ll.* 9. et
» 10. Et tandem, si de crimi-

Digitized by Google

»ne seu delicto agatur, statim »etiam ad Regia Auditoria eundum, quando crimina atrocio»ra fuerint, quorum plurima re»censentur in *dd. ll. 5. tit. 3. P.* »*3.* et *8. tit.* 3. *lib.* 4. *Recop.* et »in *l.* 5. *tit.* 13. *eod.*

44 »Illud autem pretereundum non est, nonnullas à DD. »numerari causarum species, in »queis casui Curiæ non est lo»cus, I. nempe, si pretium rei »de qua agitur valorem decem »millium maravedisiorum non »excedat, *l.* 11. *tit.* 3. *lib.* 4. »*Recop.* II. si privilegiarius liti»gaturus est cum alio privilegia»rio, ex famoso axiomate: *Pri»vilegiarius contra privilegia»rium non gaudet privilegio,* »quod quidem certum est, quan»do unum privilegium non est »alio majus, seu idem est ex »utraque parte, *l. sed et 8.* de »*excus. tut.* late Covarr. *pract.* »*quæst. cap.* 7. *n.* 4. et DD. »*passim*: III. causæ fiscales, de »quibus. *n.* 45. IV. causæ exe»cutivæ: V. criminales: VI. si »reus litem jam fuisset contesta»tus coram Judice inferiore, hu»jus jurisdictionem non decli»nando. Hæc sex causarum ge»nera, ait Hevia Bolaños in *Cur.* »*Filip.* §. *Instantia n.* 15. excipi »in edictis, quæ è Regiis Audi»toriis emanant ad privilegiario»rum supplicationem.

45 »Sed quidque sit de hoc »usu in edictis quem testatur »Hevia, fatendum est non esse »aeque certas laudatas sex ex»ceptiones: I. quidem expresse »probatur in *l.* 11. *tit.* 3. *d.* »*lib.* 4. *Recop.* et duas sequen»tes esse etiam omnino certas »bene probant Covarr. *ubi sup.* »Carlev. in *d. sect.* 7. *nn.* 633. »et 649. at de posterioribus tri»bus idem asseri nequit. Sane »ipse Carlev. late examinata V. »in *ead. sect.* 7. *à n.* 592 eam, »non contemnendis rationibus ni»xus, rejicit; amplians hoc fori »privilegium ut locum etiam ha»beat in causis criminalibus: »quæ disputatio, ut id obiter »moneam, duntaxat in crimini»bus levibus locum invenit: nam »de atrocioribus statutum clare »est quod nuper retulimus in *cal»ce n.* 42. Sed et VI. exceptionem »improbat idem Carlev. *ibidem* »*n.* 601. cum *seq.* vultque in »*seqq, nn.* ut tantum amittatur »ex hoc capite privilegium, quan»do privilegiarius fuerit actor, »et sponte sua Judicem adiret in»feriorem.

46 »Locuti hactenus sumus »in jure Hispano de foro privi»legiario intra metas jurisdic»tionis civilis, quam *ordinariam* »appellare solemus, quia ordine »regulari attento, seu commu»niter ad omnes spectat. Sed a»lio sensu, foro quoque privile»giario gaudere dicuntur, quia »nempe regulari seu communi »non subjiciuntur, illi qui ut»pote aliqua qualitate induti, »hujus ratione ad alias pertinent »jurisdictiones, quæ idcirco *pri»vatiœ* seu propriæ ipsorum di»cuntur: cuales sunt ecclesiasti»ci, milites aliique: quod etiam »insuper habita qualitate perso»nae, observantur in quibusdam

» causis, quæ ratione materiæ agendæ sunt non in Tribunalibus illius civilis seu ordinariæ jurisdictionis quam modo meminimus, sed in aliis ad eas tractandas erectis, nimirum in causis spiritualibus, fiscalibus, bellicis, caet. propterea quod hæ omnes jurisdictiones, si cum illa ordinaria conferantur, privilegiariæ dici possunt et solent. Sed nostri instituti ratio non patitur, ut in his foris exponendis inmoremur.

47 » Circa divisionem vero judiciorum in ordinaria et extraordinaria seu summaria, cujus meminimus *supra n. 10.* animadvertere oportet, frequentissimum apud nos esse judicium summarium quod *executivum* dicimus, quia per illud intendimus, ut statim executioni mandetur sententia, seu obligatio certa et plana, ex quibus liquidò constat rem aliquam nostram esse, vel nobis deberi. Ipsum probat, & in favorem creditorum introductum esse docet *lex 2. tit. 21. lib. 4. Recop.* Hujus itaque frequentissimi judicii causas è quibus nascitur, seu quæ, ut loquuntur, paratam habent executionem, et ritum in eo servandum breviter recensere placet in tironum gratia.

48 » Quod ad causas attinet, plures agnoscimus. I. nempe instrumentum publicum alicujus contractus (*Escritura publica*) aliudve certo probans obligationem cujus dies jam venit, *d. l. 2.* ut putà confessio debiti in judicio facta à debitore, vel schedula (*vale*) ab eo tamquam sua agnita coram Judice, vel hujus mandata coram Tabellione aut Apparitore, *l. 5.* et *seq. eod.* nihilque interest utrum debitor dicat se scire, an se credere subscriptionem schedulæ seu ipsam schedulam suam esse: neque quod nec dies nec annus exprimatur in ea, ut probat Parlador, *lib. 2. rerum quot. cap. fin. part. 1. §. 5. n. 6.* et *seq.* qui etiam bene probat *d. part. 1. §. 11. in prima ampliat.* contra D. Covarr. aliosque non esse necessarium, ut instrumentum publicum contineat clausulam, quæ *guarentigia* dici solet, qua nempe contrahentes dant Judicibus potestatem, ut adversus sese faciam executionem, perinde ac si re judicata, vel transactione lis finita omnino fuisset. » II. res judicata seu sententia à qua appellari vel supplicari nequeat, *d. l. 2.* cuando autem hoc contingat: in *tit. de re jud.* exponemus, et late traditur à Parlador. *d. cap fin. part. 1. §. 1.*

49 » III. sententia sive Arbitrorum, sive Arbitratorum et transactio, eo modo quod id explicuimus *supra tit. de recept. arb. n. 16.* IV. rescripta Principis, *l. 52. tit. 18. P. 3.* dum tamen illis nihil objici possit ex iis quæ notavimus in *Instit. lib. 1. tit. 2. §. 6. n. 7.* vel traduntur in *ead. l. 52.* et in *l. 30.* et *seqq. d. tit. 18.* » V. uniforme Computatorum

»(*Contadores*) judicium proba»tum sententia Judicis qui de »causa cognoscit, etiamsi ab ea »fuerit apellatum, eodem om»nino modo ac de Arbitrorum »sententia diximus in *laud. tit.* »*de recept. arb. n.* 16. ut ex»presse traditur in *l.* 24. *d. tit.* 21. »*lib.* 4. *Recop. senatusc.* 1. *tit.* »21. *lib.* 4. Et denique decre»tum solvendi (*libramiento*); »quo Computatores majores, a»liique aeris regii Præfecti ju»bent Publicanis, locatoribus, »aliisque qui sub ipsis sunt, ut »aliquid solvant, *l.* 14. *tit.* 7. *l.* 61. »*tit.* 16 *lib.* 9. *Recop.* Quomodo »autem procedendum in hac exe»cutione docet *l.* 7. cum *duab.* »*seqq. d. tit.* 16. Illud autem »pro omnibus his causis animad»vertendum, quantitatem pro »qua executio petitur debere es»se liquidam ac certam, *arg. l.* 6. »*de confess.* Parlad. *d. part.* 1. »§. 12. *limit.* 4. Covarr. 2. *var.* »*cap.* 11. et commun. DD.

50 »Ritus seu ordo in hoc »judicio servandus est, ut pe»tente actore executionem ex »causa quam habere illam para»tam perspexerit Judex, statim is »decernat mandatum quod *exe»cutorium* dicimus, in scriptis »tradendum non quidem Appa»ritori, sed ipsi creditori, ut »eo, quando sibi placuerit, uta»tur et Apparitori eidem pro»bato porrigat; alias nulla exe»cutio erit, *l.* 17. *tit.* 21. *lib.* 4. »*Recop.* Quia vero favore cre»ditoris constitutum est ut ipsi »tradatur mandatum, recte exis»timat Parlador in *d. cap. fin.* »*part.* 5. §. 2. *n.* 11. non eva»dere nullam executionem, si »voluntati creditoris Apparitori »tradatur à Notario; atque ita »usus servat. Neque ulla rei ci»tatio necessaria tunc est, *l.* 19. »*d. tit.* 21.

51 »Postquam Apparitor man»datum de manu sua voluntate »creditoris acceperit, cum Ta»bellione sociatus reo jubet, ut »vel debitum cum expensis sol»vat, vel bona quæ ad id suffi»ciat assignet, et cum assigna»ta fuerint, ea pignori judiciali »subjicit (*trava*), et apud vi»rum sibi probatum deponit, qui »Judici de causa cognoscenti de »eis responsurus est; hocque per»acto, citandus est reus, ut da»tis fidejussoribus caveat, bona »pignori subjecta solutioni debiti »et expensarum sufficere, et si »non caverit in carcerem ire co»gitur: quam satisfactionem *de* »*saneamiento* dicimus, *d. l.* 19. »junct. *l.* 7. *eod.* Prius autem sub»jicienda pignori bona debituris »mobilia, et in horas post hanc »immobilia, *d. l.* 19. Si tamen »reus intra 24. horas post hanc »jussionem ostenderit, actorem »contentum esse; aut debitum »deposuerit apud personam lai»cam et idoneam coram Judice, »hocque absente coram Decurio»ne, ab omnium expensarum so»lutione liber erit: dummodo in»tra dies tres propris expensis »notum actori faciat suum depo»situm, et debitum certo loco »solvere non teneatur, *l.* 22. cum »*sed eod.* quæ utpote recentio»res corrigunt, *l.* 18. *eod.* quate-

Digitized by Google

» nus ab hac liberatione excipie-
» bat expensas respondentes man-
» dato, et itineri, cum reus ab-
» sens erat. A solutione vero de-
» cimæ (quæ solventa est ubi in
» usu sit, et non alibi, *l. 7. eod.*
» liberat solutio debiti intra 72.
» horas à facta pigneratione judi-
» ciali numerandas, *l. 30. eod.*
» quæ laudatas, *l.* 22. et 23. ve-
» tustiores taxantes in hoc argu-
» mento numerum 24. horarum,
» corrigit.

52 » Sunt tamen aliquæ per-
» sonæ quæ propter debitum ex
» causa civili, quæ scilicet non
» descendat ex delicto seu quasi,
» in carcerem includi nequeunt,
» ut nobiles, nisi locatores vel
» coactores regiorum tributorum,
» fuerint, *l.4. tit.* 2. *lib.* 6. *Recop.*
» (*l.79. Taur.*) et qui eis æquipa-
» ratur, quales sunt omnium dis-
» ciplinarum Doctores seu Licen-
» tiati et Advocati, arg. *l. 3. tit.*
» 10. *P.* 2. et *ibi* Greg. Lop. *glos.*
» 8. Parlad. *d. cap. fin. part.* 5. §.
» 6. *à n.* 20. Item agricolæ, ut
» ex *l.* 25. et 28. *d. tit.* 21. *lib.*
» 4. *Recop.* monuimus in *instit.*
» *tit. de fidejus.* §. 5. *n.* 11. et
» cujuscumque fabricæ operato-
» res, artifices aut opifices, ut
» novissime statutum est lege la-
» ta anno 1786. quo etiam pro-
» hibet hos omnes et agricolas
» in carcerem includi ob leves
» causas. Et tandem nec in car-
» cerem eunt mulieres, nisi ma-
» nifesto malam seu inhonestam
» vitam agerent, *l.* 10. *tit.* 3. *lib.*
» 5 *Recop.* (62. *Tauri*). Et etiam
» qui bonis cesserunt, ut late ex-
» possuimus in *Instit. tit. de act.*
» §. *ult.* quod obtinere quoque in
» omnibus quibus beneficium com-
» petentiæ competit, recte do-
» cent D. Covarr. 2. *var. cap.* 1.
» *n.* 4. Acev. in *l.* 1. *d. tit.* 21,
» *lib.* 4. *Recop. n.* 68. Parlad.
» *d.* §. 6. *à num.* 17. alios lau-
» dans. Quibus autem hoc bene-
» ficium competat, habes in *Ins-*
» *tit. d. tit. de act. à* §. 37.
» Quando reus ex his fuerit per-
» sonis, executorium mandatum
» duntaxat locum habet contra
» debitoris bona: aliter vero etiam
» contra ipsius personam, eo ef-
» fectu ut in carcerem eat, si non
» caverit, ut modo diximus.

53 » Sed et sunt res quæ
» propter debita ex civili causa,
» huic pignori judiciali subjici ne-
» queunt, quia executione exemp-
» tæ, quales imprimis boves,
» mulæ, aliæve bestiæ arationi
» destinatæ; instrumenta eidem
» exercendæ necessaria; fructus-
» que seminales et vervacta,
» prout id explicuimus ex *lau-*
» *datis ll.* 25. *et* 28. *tit.* 21. *lib.*
» 4. *Recop.* in *Inst. d. tit. de*
» *fidejuss.* §. 5. *n.* 10. quo etiam
» faciunt, *ll.* 5. *et* 6. *tit.* 17. *lib.* 5.
» *Recop.* quæ vetustiores sunt, et
» in 5. pœnas adversus eos qui
» contrà fecerint, traduntur. II.
» equi et arma quæ debitor qui
» non fisco, sed privato debet,
» habuerit ut militare posset sive
» aquester sive pedester, *l.* 27.
» *d. tit.* 21. *l.* 9. *tit.* 1. *lib.* 6.
» *Recop.* quod in equitibus lo-
» cum habet indistincte in suis
» equis, mulabus, armis sui cor-
» poris, et domo quam habitant,
» saltem si alia bona non suppe-

Digitized by Google

» tunt; *l. 23. tit. 21. P. 2. ll. 3. 5. 13. et 14. tit. 2. lib. 6. Recop.*

54 » III. executione eximuntur stipendia, (*soldadas*) si alia » bona debitor habuerit, *l. 3. tit. 27. P. 3.* probante *legem stipendia 4. C. de execut. rei jud.* IV. omnium artificum, operariorum seu opificum instrumenta eorundem opificio destinata, nisi fisco debuerint, *d. l.* » nova edita anno 1786. cujus » meminimus *supra n. 52.* V. naves alienigenarum gentium, et » merces quas ad nostram deferunt Hispaniam, immunes sunt » ab executione, quam ipsius alienigenæ gentis creditores intenderint, *l. 12. tit. 17. lib. 5. Recop.*

55 » Quia vero libri Scholarium, Advocatorum, cæterorumque quod retulimus *supra n. 52. in pr.* instrumenta sunt » quibus scientiæ seu disciplinæ » coluntur, et instrumenta agricolarum et opificum, terræ et » opificii culturæ destinata, executione eximuntur, ut modo » vidimus; et insuper sunt libri » Scholaribus, Advocatis, cæterisque sicut arma nobilibus et » militibus, hæcque etiam ab executione sunt immunia: meritò docent DD. illorum libros » executione eximi, Parlador, *d. cap. fin. part. 5. §. 3. n. 18.* et » *n. 22.* cum *seq.* Acev. in *d. l. 19. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 42.* lege tamen quæ id expresse statuat, defficimur. Idem de vestibus quotidianis probat, *l. 20. tit. 12. lib. 1. Recop.* quod humanitatis causa DD. extendunt » ad lectum similiter quotidianum, et res cæteras usui diurno necessarias, atque ita usus » servat. Aliæ denique sunt res » executione exemptæ, quas hic » missas facimus, quia vel notum » est omnibus eas eximi, vel quia » rarissime evenire potest, ut de » eis pignori subjiciendis agatur. » Eas tradunt Parlador, *d. cap. fin. part. 5. §. 3.* et Hevia Bolaños in *Cur. Filip. part. 2. §. 17.*

56 » Res debitoris pignori subjectæ et depositæ, prout dixi» mus *supra n. 50.* vendendæ sunt » in auctione, seu publica, ut » loquuntur, subhastatione, ut » earum pretio solvatur debitum. » Tria autem præconia earumdem » venditionem præcedere debent, » in 9. diebus peragenda, si res » fuerint mobiles, ita ut tertio » quoque die unum fiat; et in » diebus 27. si fuerint immobiles, » etiam in tres partes æquales » divisa, ut fiat unum nonoque» que die: hocque elapso termi» no, citandus est reus ad sen» tentiam addictionis, quam *de » remate* appellamus, *d. l. 19. » l. 36. tit. 4. lib. 3. Recop.* Cum » vero præconia in gratiam fiant » debitoris, liberum est huic eis » renuntiare, *d. l. 36.* ut sæpissime evenit.

57 » Hac citatione facta, si » reus non se opposuerit execu» tioni intra tres dies ab eadem » numerandos, vel exceptionem » objectam, intra 10. dies, de » quibus postea, non probaverit, » Judex prædictam addictionis » sententiam dicit, ejusque auto» ritate venduntur laudatæ res,

Digitized by Google

» & creditori solvitur, quin id » impediat quod debitor ab hac » Judicis sententia appelaverit, *d.* » *l. 19. tit. 21. lib. 4. Recop.* Si » vero nullus emptor appareat, » bona debitoris pignori subjecta » actori in solutum tradenda jus» to pretio: qui quod supererit » debitori restituet: at si solven» do debito non sufficiant, sal» vum jus quoad reliquum cre» ditori manebit, *l. 44. tit. 13.* » *P. 3.* Volunt autem Hevia Bo» laños in *Cur. Filip. part. 2. §.* » *Remate, n. 16.* Parlad. *d. cap.* » *fin. §. 17. n. 24.* aliique, ut » liceat hoc casu actori rem me» liorem debitoris eligere ex *auth.* » Non nisi *C. de solut. et liber.* » ubi ita expresse traditur. Ca» terum bene considerantes *leg.* » *3. tit. 14. P. 3.* Gregor. Lop. » in *glos. 3. ejusd.* et Gutierr. *de* » *jur. confirm. part. 1. cap. 29.* » recte advertunt, locum non ha» bere apud nos hanc electionem » creditoris, sed sufficere quod » ei addicatur res mediocris & » sufficiens arbitrio Judicis: id» que tamquam menti tenendum » commendat. Non tamen aliter » creditori solvetur, quam si præs» titerit fidejussionem (*legis To» leti* dictam, quia eam injun» git *lex 2. d. tit. 21.* Toleti la» ta); qua fidejussor spondeat, » creditorem restituturum debi» tori quidquid acceperit, cum » pœna dupli si addictionis sen» tentia fuerit revocata, *d. l. 2.* » Quamvis enim *lex ista* dun» taxat injungat creditori fidejus» sionem eo casu quo debitor ex» ceptionem quam opposuit non » probaverit; tamen generaliter » recepta est, ut semper credi» tor eam, ante additionem, præs» tet, Parlador. *d. cap. fin. part.* » *5. §. 14.* Pœna autem dupli in » *eadem* expressa in uso non est, » neque quod debitor umquam » similem fidejussionem præstet.

58 » Bene autem & subtili» ter animadvertit Febrero in *o» pere*: Librería de Escribanos, » *part. 2. lib. 3. cap. 2. §. 5. num.* » 293. et *seq.* in executionibus » descendentibus ex sententia Ar» bitrorum, transactione vel Com» putatorum judicio, non præs» tandam à creditore eamdem fi» dejussionem, sed aliam (*legis* » *Matriti* vocatam) per quam » fidejussor promittat, restitutu» rum creditorem omne in quod » acceperit cum fructibus et re» ditibus, prout in sententia re» vocatoria fuerit condemnatus, » *l. 4. d. l. 24. de tit. 21.* hane» que duplicem fidejussionem pro» bari etiam in *d. l. 19.* per illa » verba in fine possita: *por la* » *ley de Toledo, y las otras le» yes de estos Reinos*: atque » ita se vidisse probatum senten» tia supremi Concilii, testatur. » Si reus ad sententiam addic» tionis citatus, exceptionem ali» quam objecerit, decem dies, » (quos *de la ley* dicimus) ad » illam probandam ei concedun» tur, *d. l. 2.* à die quæ sese » executioni opposuit, numeran» di, *l. 3. d. tit. 21.* et si excep» tionem legitimam quam obje» cerit, non probaverit, senten» tia addictionis, tamquam si se » non opposuerit feretur; ut di-

» ximus *num.* 56. Qui plura de-
» sideret, adeat Parlador, *d. lib.*
» 2. *rer. quotid. cap. ult.* per
» totum, aliosque qui de hoc
» argumento ex professo tracta-
» runt: nobis tam vastam pro-
» vinciam percurrentibus, latius
» exspatiari non licet.

TITULUS SECUNDUS.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Cod. lib. 3. tit. 28. (1).

1 *Cur Justinianus voluit* hic *agere de inofficioso testamento.*
2 *Querela inofficiosi testamenti species est extraordinaria petitionis hæreditatis, quæ in aliquibus differt ab ordinaria.*
3 *De cæteris huc pertinentibus, remissive.*

1 Post titulum *de judiciis* voluit Justinianus statim agere de actionibus nobilioribus quæ in ipsis instituuntur: quales sunt actiones in rem, et ex his universales, quibus scilicet universitas petitur. Idcirco *hic* subjicit *titulum istum*, quem alioquin rejicere debuerat *in lib. 28.* in quo de materia testamentorum tractat: quia nempe actio qua petitur ut testamentum inofficiosum pronuncietur, quæ uno nomine appellatur *querela*, species est petitionis hæreditatis, quæ qui ea utitur, petit ut recisso testamento, hæreditas ab intestato tamquam sua sibi tribuatur, *l. 8 §. 8. l. qui de inofficioso 20. hoc tit. l. 34. C. eod.* Petitionem autem hæreditatis esse actionem in rem ostendit ipsum nomen *petitio*, *l. 178. §. 2. de verb. sign.* et nos probavimus in *Inst. §. 1. de act. n. 10.* ex *l. 25. §. antep.* seu *18. de pet. hær.* Esse præterea actionem universalem certo certius est, ut de eo dubitare non liceat, nec ullus usquam dubitaverit, quandoquidem hæc denominatio ab objecto seu repetita capitur, quæ hic est hæreditas.

2 Quamvis querela inofficiosi testamenti species sit petitionis hæreditatis, placuit nihilominus *hunc titulum* à generali *de petitione hæreditatis* secernere; tum quia in *hoc* tractanda erant plura *illic* prorsus aliena: tum etiam, quia querela est petitio quodammodo extraordinaria, quæ à simplici seu ordinaria, de qua in *seq. tit.* aliquantulum differt. Primo namque certum est, querelam dari adversus eum, qui in testamento ipso jure valido institutus est hæres, et nihilominus per eam petitur hæreditas ab intestato; quod in ordinaria petitione hæreditatis prorsus alienum. Secundo, illam quinquennio fi-

niri ab adita hæreditate numerando, *d. l. 8. §. ult.* cum *l. seq. hoc tit. d. l. 34. C. eod.* quia odiosa est, et speciem injuriæ continet, *l. 8. hoc tit.* hanc usque ad 30. annos durare, *l. 7. C. de pet. her.* junct. *l. 3. C. de præc. script. XXX.* vel *XL. annor.*

3 Cæteta quæ ad hoc argumentum de inofficioso testamento spectant, nimirum, quodnam testamentum dicatur inofficiosum, quando sit locus querelæ, quibus, quo ordine, quando ea competat, qua ratione fuerit inducta, mutationesque quas in hac materia Justinian. fecit, plene tradidimus in *Inst. lib. 11. tit. 18.*

TITULUS TERTIUS.

DE HÆREDITATIS PETITIONE.

Cod. lib. 3. tit. 31. (1).

1 *Divisiones petitionis hæreditatis.*

2 et 3. *Quid sit petitio hæreditatis, et cui competat.*

4 et 5 *Datur hæc actio adversus eum qui pro hærede vel propossesore possidet, et quidnam dicantur ita possidere.*

6 et 7 *Recensentur alii qui etiam tenentur petitione hæreditatis.*

8 et 9 *Quæ veniant in petitionem hæreditatis.*

10, 11, 12, 13 et 14 *Differentiæ inter possessores bonæ et malæ fidei, quoad fructus et impensas in hoc judicio.*

15 *Quid monendum de jure Hispano in hoc argumento.*

1 Exposita in *præced. tit.* natura quærelæ, quæ ut vidimus, species est quodammodo extraordinaria petitionis hæreditatis ex causa inofficiosi testamenti, agitur in *hoc* et in *seqq. tit. hujus lib.* de generali, seu ordinaria hæreditatis petitione, quæ ex aliis causis descendit. Hæc autem vel *civilis* est, vel *prætoria*, quarum prima subdividitur in *directam* et *fideicomissariam* sed cum prætoria & fideicommissaria proprios titulos in *hoc libro* occupent, duos nempe ultimos, quæ illarum sunt propria *illic* trademus.

2 Poterit vero petitio generaliter sumpta ita describi: *Actio universalis in rem, et bonæ fidei, competent hæredi adversus eum qui pro hærede, vel possessore possidet, ad id ut hæres declaretur, et ei restituantur res hæreditariæ cum omni causa.* Eam esse universalem et in rem, ostendimus in *tit. præc. n. 1.* Licet præstationes habeat personales, *l. sed et si 25, §. 18. hoc*

(1) Tit. 14. R. b.

tit. Hæ autem præstationes inducuntur lucri, damni, et impensarum, ut explicuimus in *Inst. lib. 3. tit. 28. §. 4.* et earum ratione dicitur de petitione hæreditatis in *l. 7. C. hoc tit.* mixtam causam continere: atque idcirco præscriptione longi temporis seu usucapione non excludi: quia 30. annos durat, ut monuimus *tit. præc. n. 2.* Quod bonæ fidei sit Justinianus disposuit in *l. ult. §. 3. C. hoc tit.* ut ipsemet ait in *Instit. §. 28. de act.* Et quia hæres dominus est hæreditatis, ratione suitatis, si suus est; vel eam adeundo acquirit, si extraneus; unde hæredes pro dominis veteres dixerunt, *Inst. lib. 2. tit. 19. §. ult.* certum quoque est, actionem istam hæredi competere, *l. licet 10. §. 1. hoc tit.* (1), ex natura actionum in rem, quæ ei competunt, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit, *l. in rem 23. de rei vind. Hæredis* autem appellatio non solum ad proximum hæredem, sed et ad ulteriores refertur, nam et hæredis hæres, et deinceps, *hæredis* appellatione continentur, ut eleganter dixit Ulpian. in *l. hæredis 65. de verb. sign.* quamvis per longissimam successionem defuncto hæredes extiterint, *l. qui 194. de div. reg. jur.* Quare si Titio qui Sejo hæres extitit, nos hæredes facti sumus, sicuti Titii hæreditatem nostram esse intendere possumus ita et Seji, *l. 3. hoc tit.* Nec refert, an quis suo nomine sive per se, sive per alios quos in potestate habet, effectus sit hæres, *l. 2. d. l. 3. hoc tit.* (2). Idemque juris erit, sive quis ex asse, sive parte hæres fuerit institutus: imo et in instituto ex re certa, cui non est datus cohæres, *d. l. 10. §. 1. l. 1. §. 4. de hæred. inst.* At si institutus ex parte, cohæredem habuerit, pro ea duntaxat parte restitutio ei fiet, *d. l. 10. §. 1.* institutus vero ex re certa, legatarii loco habebitur, ut sæpe ostendimus in *Inst.*

3 Cum hæredes alii sint testamentarii, alii legitimi seu ab intestato, palam est, hæreditatem peti posse sive ex testamento, sive ab intestato (3); ita tamen ut potior sit qui ex testamento vult petere, *l. quandiu 39. de acquir. vel omitt. hær.* eoque demum deficiente et non aliàs, petens eam ab intestato, audiendus, *l. 9. C. hoc tit.* (4). Qui vires testamenti ignorans, judicium defuncti secutus hæreditatem ex testamento petiit et succubuit, legitimam petere non prohibetur, *l. legitimam 8. hoc tit.* sicut vice versa eam ex testamento recte petet, qui nesciens defunctum testatum decessisse eamdem ab intestato repudiavit, *l. nec is 17. §. 1. de adquir. vel omitt. hær.* Si hæres denique hæreditatem vendiderit, emptor utilem actionem habebit, ut et ille cui ex senat. Trebel. restituta fuerit hæreditas, *l. ei 54. hoc tit.* et *ibi* Glos.

(1) L. 1. tit. 14. P. 6.
(2) L. 13. tit. 6. P. 6.
(3) Pr. tit. 14. P. 6.
(4) L. 3. tit. 13. P. 6.

Digitized by Google

4 Quia hæc actio, ut cæteræ petitiones, in rem est, datur adversus eum qui *pro hærede* sive *pro possessore* possidet, sive totam hæreditatem, sive jus aliquod seu rem hæreditariam, licet minimam, *l. 9. d. l. 10. hoc tit.* imo et ea tenetur qui solos fructus ex hæreditate retinet, *l. nec ullam 13. §. 7. eod.* Sed et possessio retro habita locum huic actioni facit, damnaturque qui eam habuit, vel ut pretium restituat si acceperit, vel ut actiones cedat, si non accepit: exempla habemus in *l. 16. §§. 4. 5. et 7. eod.* Sicuti ille qui initio nihil possederat, cum ab eo hæreditas peteretur, verum postea aliquid adeptus est, *l. 18, §. 1. eod.* Et potiori ratione qui pretia rerum hæreditariarum possidet, vel à debitore hæreditario exegit, *d. l. 16. §. 1.* Debitorem denique hæreditarium hac actione etiam teneri quasi juris possessorem, certum est, *d. l. 13. §. ult. eod.* Ille dicitur *pro hærede* possidere: *Qui putat se hæredem esse, l. 11. eod. §. 3. Instit. de interd.* sive in facto erret, sive in jure, *l. 25. §. scire 6. hoc tit.* ille vero *pro possessore: Qui nullo jure possidet, d. §. 3.* seu, ut ait Ulp. in *d. l. 11. §. 1.* et *duab. ll. seqq.* prædo, qui interrogatus cur possideat, responsurus, sit, quia possideo: nec contendat se hæredem, vel per mendacium: nec ullam causam possessionis possit dicere: *et ideo*, addit ipse Ulp. in *d. l. 13. fur, et raptor petitione hæreditatis tenentur.*

5 ¿Sed quid de eo dicendum, qui cum sciat se hæredem non esse, hæredem tamen se jactat, aliquo subnixus titulo, ut putà qui sciens alienam emit hæreditatem? Probabiliorem esse sententiam Joan. Voet. in *hoc tit. n. 7.* existimantis, hunc non *pro possessore*, sed *pro hærede* possidere, per *d. l. 11.* et *d. l. 13. §. 8. hoc tit.* quæ Ulpiani sunt. Sane Julian. contrarium docet in *l. 33. §. 1. de usurp. et usucap.* sed bene conjicit ipse Voet. hanc Juliani sententiam proponi et improbari ab Ulp. in *d. l. 13. §. 8.* Cæterum non est amplius in hac quæstione immorandum, quia nullus ejus fructus: nam ut recte monet idem Voet., quamvis iste *pro hærede* possidere dicatur, malæ fidei possessoribus est annumerandus, quasi *pro possessore* possideret. Si enim malæ fidei possessor habendus est qui post motam controversiam, quæstionis non ignarus, partem hæreditariam emit, ut Severus et Antonin. rescripserunt in *l. 2. C. hoc tit.* multo magis possessor malæ fidei erit, qui sciens et jam non dubitans alienam esse, eam mercatur. Quia vero in aliis casibus multum refert utrum quis possideat *pro hærede* vel *pro possessore*, optime constituerunt Arcad. et Honor. in *l. 11. C. hoc tit.* cogi posse possessorem ut dicat, utrum *pro possessore*, an *pro hærede* possideat, quamvis aliàs incivile sit, ut quis cogatur titulum suæ possessionis dicere.

6 Sed et ille tenetur peti-

Digitized by Google

tione hæreditatis qui dolo malo desiit possidere, *d. l. 13.* §§. 2. et *14. d. l. 25.* §. 8. *hoc tit.* ex famosa regula: *Dolus pro possesione est l. qui dolo 131. de div. reg. jur.* imo et qui dolo noluerit admittere possessionem, et sive ab alio res possideatur, sive in totum non extet, *d. l. 25.* §. 8. Atque hinc infert Ulp. in *eod.* §. 8. quod si sit alius possessor, ab utroque hæreditas peti poterit: et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur. Temperat tamen hoc ipse Ulp. in *d. l. 13.* §. *14.* ex sententia Marcelli, ut si possessor paratus sit judicium pati, magis sit ut evanescat petitio adversus eum qui dolo malo desiit possidere, nisi petentis intersit. Et certe, inquit, si rem paratus sit restituere: indubitatum erit evanescere. Id vero quod in fine *d.* §. *14. vers. Sed si is*, additur, et dicitur etiam in *l. 16.* §. 2. *eod.* non liberari scilicet eum qui possidet, si is qui dolo desiit possidere ante conveniatur, majorem habet difficultatem, et ideo forte amissum, quia licet qui rem habet, censetur habere ejus æstimationem; non idem est vice versa, ut in simili diximus in *Instit.* §. 6. *de legat.* atque ita videtur exaudiendum, ut si petitor rem à possessore consequatur, ei tradere debeat æstimationem quam ab alio coeperat, arg. *l. 51.* §. 1. *de re judic.* ne cum aliena jactura locupletetur, quod naturalis æquitas non patitur, *l. nam illud 14. de cond. indeb.* Alias plures interpretationes adducit Glos. in *d.* §. *14 vers. Sed si is.*

7 Insuper et qui nunquam possedit hac actione teneri potest, ut putà, si ipsi petitioni hæreditatis se obtulerit: nam qui ita se offert, quasi possessor tenetur; *d. l. 13.* §. *13.* Contra emptorem vero hæreditatis locus non erit actioni directæ, quæ adversus venditorem pro pretio excercenda, sed utilis in eum dabitur, sive mala fide emerit, *d. l. 13.* §. 8. sive bona, *ead. l. 13.* §. 9. sub hoc tamen discrimine, ut si mala fide emerit, indistincte teneatur; sin autem bona, non aliter quam si venditor non extiterit, aut actori non expediat contra eum agere, veluti quia modico pretio vendit, *d. l. 13.* §§. *4. et 5.* At qui emptor fuerit non hæreditatis, seu partis ejus, vel juris hæreditarii, sed rerum singularium, aut alio singulari titulo eas possederit, nulla petitione hæreditatis tenebitur, sed rei vindicatione, *l. 4. C. in quib. caus. cess. long. tem. præscript.* quia iniquum foret, eum quem nondum constat esse dominum rei singularis, eam auferre illi qui justo titulo ipsam possidebat: aliud itaque erit si titulus fuerit evidenter nullus, ut donationis inter virum et uxorem, vel si quis sciens emerit à furioso: his enim casibus, aliisque similibus, qui possidet, quasi pro possessore possidens, hac actione convenietur, *d. l. 13.* §. 1. et certe nullam causam possessionis potest dicere, et quasi fur et raptor considerandus, qui petitio-

Digitized by Google

ne hæreditatis tenentur, *d. l. 13. in pr.* ut *supra num. 4. in fine* monuimus.

8 Videamus nunc quæ veniant in hæreditatis petitionem: et placuit universas res hæreditarias venire, sive jura sive corpora sint, *l. item 18. §. 2. hoc tit.* (1). Et non tantum hæreditaria corpora, sed et quæ non sunt hæreditaria, quorum tamen periculum ad hæredem pertinet: ut res pignori datæ defuncto, vel commodatæ, depositæve; sic ut illæ, quarum nomine Publiciana competit, *l. 19. eod.* (2). Licet enim, ut *ibi* ait Paul earum nomine quæ commodatæ, vel depositæ sunt, nulla sit facile actio, id est, competitura defuncto, si caderet à possessione, ut interpretatur Glossa: quia tamen periculum earum ad hæredem pertinet, æquum est eas restitui: quæ Pauli ratio meritò exponitur à Glos. quoad res depositas, ut exaudienda sit quando depositarius culpam præstaturus erat, quia promisit, vel fuit in mora. Nec solum ea quæ mortis tempore in hæreditate fuerint reperta, sed si quæ postea augmenta hæreditati accesserunt: nam hæreditas augmentum recipit et deminutionem. Sed et ea quæ post aditam hæreditatem accedunt, si quidem ex ipsa hæreditate: si extrinsecus non veniunt: quia personæ possessoris accedunt, *l. 20. §. 3. eod.*

9 Insuper et ea in petitionem veniunt quæ hæreditatis causa comparata sunt, ut putà pecora, et alia quæ necessario ipsi hæreditati sunt comparata: et quidem, si pecunia hæreditaria comparata fuerint, sine dubio veniunt: si vero non pecunia hæreditaria, venient eo casu, quo magna utilitas hæreditatis versetur, pretium scilicet restituturo hærede, *d. l. 20. in pr.* Quod autem ex sententia Juliani refertur in *§. 1. ejusd. l. 20.* quod si possessor rem emerit pecunia hæreditaria, ita veniet in petitionem hæreditatis, si hæreditatis interfuit rem emi; alias pretium venire; de possessore malæ fidei intelligunt Glos. et Goth. in *d. §. 1.* quia possessor bonæ fidei semper rem tradendo defungetur cum nec lucrari, nec damno affici debeat, ut mox videbimus.

10 Quia, ut modo diximus *num. 8.* in hanc veniunt actionem quæcumque hæreditatis augmenta, venient omnes fructus (3), sive ante aditam, sive post aditam hæreditatem accesserint, et ancillarum partus, *d. l. 20. §. 3.* sub discrimine tamen inter bonæ et malæ fidei possessorem, ut ille eos duntaxat fructus restituere teneatur, per quos locupletior factus est, *l. sed si 25. §. 11. hoc tit.* (4): hic vero omnes, atque etiam horum fructus, quia eos suos non fecit, *l. 40. §. 1. eod.* et nedum quos percepit, sed et quos percipere debuit, *d. l. 25. §. 4. eod.* (5).

(1) L. 5. d. tit. 14. P. 6.
(2) L. 2. eod.
(3) L. 4. tit. 14. P. 6.
(4) D. l. 4. et ibi *Greg. Lop.* glos. 2.
(5) D. l. 4.

Digitized by Google

11 Fructus autem intelliguntur deductis expensis, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt: quod etiam in malæ fidei possessoribus servatur, *l. si à domino 36. §. ult. eod.* (1). At in cæteris necessariis et utilibus impensis, quæ scilicet non fiunt causa fructuum, ut putà reficiendorum ædificiorum gratia, aut cum servorum gratia litis æstimatio solvitur, aliæque hujus generis, *l. utiles 39. eod.* quamvis benignius sit, ut in malæ quoque fidei possessore ratio habeatur earum, ne petitor ex aliena jactura lucrum faciat; in eo tamen adhuc differentia est, quod bonæ fidei possessor omnino has impensas deducat, licet res non exstet in quam fecit: prædo autem non aliter, quam si res melior sit, eum eo duntaxat casu ei ratio benignitatis faveat, et de se queri debet quod sciens in rem alienam impendit, *l. 38. eod.* Voluptariarum denique impensarum deductio permittitur etiam bonæ fidei possessori: prædoni vero potestas tantummodo ut eas tollat quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt, *d. l. 39. §. 1. eod.* In impensarum deductione aliqua sane adest differentia inter judicia generalia et singularia: de qua in *tit. de rei vind.* agemus.

12 Et quia in hoc judicio pretia rerum hæreditariarum in locum earum succedunt, *l. si rem 22. hoc tit.* ratione præstationum personalium quas habet hæc actio, licet in rem sit, ut etiam ea quæ à debitoribus exacta sunt, *d. l. 25. §. 18. eod.* censentur et ipsa hæreditatem augere, et in petitionem venient, sive fuerint jam recepta, sive non, *l. 16. §. 5. eod.* et quidem ita ut etiam lucrum ex venditione contingens veniat, *d. l. 22. l. 48. eod.* quandoquidem omne venit lucrum quod rei hæreditariæ occasione sive causa capiatur, etiam inhonestum, *l. si possessor 52. eod.* ubi Hermogenianus eleganter rationem assignat: *Ne honesta interpretatio non honesto quæsitu lucrum possessori faciat*: quia etiamsi fuerit bonæ fidei possessor, lucrum ex eo quod propter hæreditatem acceperit, facere non debet, ut generaliter docet Julian. in *l. evicta 55. eod.* et ut Paulus dixit in *l. post. 28. eod.* omne lucrum auferendum est tam bonæ fidei possessori, quam prædoni: ex qua genetali regula plurimi casus in *hoc tit.* deciduntur, et quicumque usuveniant, decidi poterunt.

13 Sicut autem bonæ fidei possessor omne lucrum restituere debet, ita ipsi consultum est, ne damno afficiatur: sed in id duntaxat teneatur, in quo locupletior est factus. Quemcumque igitur sumptum fecerit ex hæreditate, si quid dilapidaverit, perdiderit, aut donaverit dum re sua abuti putat, non præstabit, *d. l. 25. §. 11. eod.* nec culpæ ullius rationem reddet, querelæve subjectus erit, si facere neglexit quæ

(1) D. l. 4. l. 39. l. 42. tit. 28. P. 3.

Digitized by Google

facere oportebat, *l. 31. §. 3. eod.* (1). Quod contra est in malæ fidei possessore: qui et dolum præstat, et culpam seu negligentiam, imo et casum fortuitum, *l. 25. §. 2. l. 40. hoc tit.*

14 Denique monendum superest, eos qui bona fide possidebant, incipere malæ fidei possessores esse post controversiam motam; id est, ex quo sciunt hæreditatem à se peti cum primum ipsis denuntiatum est, aut alio modo sciunt, *l. 20. §. 11. d. l. 25. §. si autè 7. eod.* in quo §. observat Glos. differre in hoc possessorem hæreditatis à rei singularis possessore, qui nondum post motam controversiam, sed demum post litem contestatam dicitur esse malæ fidei per *l. certum 22. C. de rei vind.* (2). Interdum tamen etiam in re singulari censetur quis possessor malæ fide per solam denunciationem: ut putà si cum ei denunciatum fuisset ne eam emeret, illam nihilominus comparavit, ut notæ etiam glos. in *d. §. 7.* ex *l. si fundum 17. C. eod.* et ex *l. ait Prætor. 10. §. 3. quæ in fraud. cred.* Inter eos vero malæ fidei possessores qui revera et propriè tales sunt, quia vel ab initio hæreditatem invaserunt, seu alia via sciunt eam ad se non pertinere; et alios qui sunt tales præsumptive, quia nempe ipsis denuntiatum, hæreditatem quam possident alienam esse, et qua talis ab eis petitur, quamque ipsi è contrario suam esse intendunt, illud remanet discrimen, ut qui prioris sunt generis, damna fatalia, quæ post judicium acceptum contingunt, ut putà mortes jumentorum vel pecorum, præstent: non item qui posterioris: quia ut eleganter ait Paul. in *d. l. 40. eod.* (3) non debent possessores isti, aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi temerè indefensum jus suum relinquere. In cæteris omnes possessores qui malæ fidei dicuntur, pares sunt, *d. l. 25. §. 7.* Illud plane nec prædoni imputari potest, cur passus est debitores liberari, et pauperiores fieri, et non eos convenit; cum actionem non habuerit, *l. 31. §. 4. eod.*

15 "In Hispania actionem »utilem, de qua *supra n. 7.* »nullam agnoscimus, sed omnes »directæ sunt et civiles. Licet »autem usquam inveniamus for»mulas istas; *possidere pro hæ»rede; possidere pro possessore:* »tamen in *l. ult. tit. 14. P. 6.* »tres modi hæreditatem possiden»di recensentur, quorum duos »priores Romanæ leges apellant »*pro hærede*, et tertium *pro pos»sessore*. Primus est, cum quis »bona fide hæreditatem possidet, »nixus titulo justo, qui postea »in non titulum redactus est, »quia vel à non domino emana»vit, vel recissus. Secundus lo»quitur de possessore malæ fi»del, qui titulum habet, sed ab

(1) L. 4. tit. 14. P. 6.
(2) L. 39. tit. 28. P. 3.
(3) L. 6. d. tit. 14. P. 6.

Digitized by Google

»eo quem ipse non esse dominum »sciebat, de quo nos *supra n. 5.* »Tertius denique de eo qui nul»lum potest ostendere titulum. »In primo casu vult *ead. l. ult.* »ut possessor securus sit præ»scriptione 10. vel 20. annorum: »in cæteris vero; ut tantum lo»cus sit præscriptioni 30. ann. »in quibus verus hæres sciens et »potens petere neglexit. Sed nos »qui in *Inst. lib.* 2. *tit.* 6. §. 2. »*n. ru.* omnem prorsus præscrip»tionem cùm mala fide rejeci»mus, etiam hanc in duobus pos»terioribus casibus *d. l. ult.* reji»ciendam putamus, per ea quæ »*nibi* diximus.

TITULUS QUARTUS.

SI PARS HÆREDITATIS PETATUR.

1 *Ratio hujus tituli.*
2 *Ut quis totam hæreditatem vel partem petat, ex suo jure metiri debet, non ex eo quod possessor occupavit.*
3 *Quando peti potest pars hæreditatis incerta, et quo effectu.*

1 Quia interdum non potest quia totam hæreditatem petere, sed partem ejus duntaxat, ei quoque Prætor actionem proposuit, *l.* 1. *huc tit.* atque de ea *hic* agere meritò Justinianus voluit. Cum vero quæ de tota re dicuntur, eadem de parte sint dicenda, *l. quæ de tota* 76. *de rei vind.* huc suo modo accommodanda ea quæ *præced. tit.* tradidimus.

2 Qui hæreditatem seu partem hæreditatis petit, is non ex eo metitur quod possessor occupavit; se ex suo jure: et ideo, sive ex asse hæres sit, totam hæreditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas; sive ex parte, partem, licet ut totam hæreditatem possideas, *d. l.* 1. §. 1. Si tot fuerint petitores, quot possessores, omnes ab omnibus petent, non singuli à singulis, *d. l.* 1. §. 2. Si autem ab eo qui duntaxat possidet rem, seu partem aliquam hæreditatis, tota petatur hæreditas, palam est, non amplius eum condemnandum quam in id quod possidet, vel dolo malo desiit possidere, *l.* 10. § 1. *de hæred. petit.*

3 Quando constat quam partem hæreditatis petitor habiturus est, ea petenda erit. Sed si id non liquet petitionis tempore, ut interdum evenit, pars incerta petetur: ut putà est defuncti fratris intestati filius, sunt et uxores defunctorum fratrum prægnantes: quam partem ille habiturus, incertum est, quia quod edantur defunctorum filii, incertum: æquissimum igitur erit incertæ partis vindicationem ei tribui, *d. l.* 1. §. *ult. hoc tit.* Cæterum eo deventum est, ut

Digitized by Google

tres partes ventri cuilibet seponantur. Quare si una duntaxat uxor fuerit prægnans, poterit hæres natus quartam petere, *l. sed et si 28. §. ult. de jud. l. 3. hoc tit.* quam pro indiviso ei restitui jubebit Judex, nihil ampliusnam ut divitatur hæreditas seu à communione discedatur, non ad judicium petitionis hæreditatis, sed ad familiæ erciscundæ judicium spectat, *l. 7. eod.* Si autem mulier prægnans pauciores quam tres ediderit, residuum nato pro rata accrescet; si plures decrescet, *l. 4. eod.*

TITULUS QUINTUS.

DE POSSESSORIA HÆREDITATIS PETITIONE.

1 *Quibus competat possessoria hæreditatis petitio, et cur ita dicatur.*

2 *Jus Hispanum, remissive.*

1 Prætor rigorem juris civilis mitigando, et quod ei deesse videbatur, supplendo, succesionem defuncti dabat plerumque eis, quos leges non vocabant, ut patet ex *tit. de bon. possess.* ex *tit. Inst. de succes. cog.* et *passim.* Quia vero nomen *hæredes*, quod ex legibus venit, ipsis tribuere non poterat, eos sub nomine *bonorum possessores* admittebat, ita ut si à nomine discesseris, vix ullam inter hos, et hæredes differentiam reperias. Sicut igitur veris hæredibus civilis petitio hæreditatis competit, ut in *tit. præcedd.* vidimus, ita et bonorum possessoribus prætoria tribuitur: de qua in *hoc tit.* agitur; et per quam tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superiore civili actione hæres consequi potest, *l. 2. hoc tit.* Superfluum itaque esse de ea amplius tractare. Illud duntaxat animadvertere libet, appellari eam in *hujus tit.* inscriptione *possessoriam*, à persona petente qui est bonorum possessor, non autem ab objecto, quia non petitur possessio, sed proprietas universitatis bonorum ab eo, qui illam *pro hærede* seu *pro possessore* possit, ut de petitione civili hæreditatis diximus.

2 "Quoad HISPANIAM recole "quæ diximus in *tit. de hær. pet.*

TITULUS SEXTUS.

DE FIDEICOMMISSARIA HÆREDITATIS PETITIONE.

1 *Cui detur fideicommissaria petitio hæreditatis.*

1 Fideicommissaria hæreditatis petitio ei competit, cui hæreditas à fiduciario solis verbis restituta est; cùm enim ex senatusc. Treb. omnes actiones quæ huic competebant in illum transferantur, §. 7. *Inst. de fideicom. hær.* palam est, in eum quoque transferri petitionem hæreditatis, *l. 1. hoc tit.* alioquin fiduciario cum omni effectu competituram.

LIBER VI.

TITULUS PRIMUS.

DE REI VINDICATIONE.

Cod. lib. 3. tit. 32.

1 *Rei vindicatio strictè sumitur in* hoc tit. *ut de sola re corporali intelligatur.*
2 *Rei vindicationis definitio traditur et exponitur; et cui competat.*
3 *Quæ probanda sint ei qui hac actione uti velit.*
4 *In quibus locum habeat actio ista.*
5 *Quomodo res quæ vindicatur designanda.*
6 *Quæ veniant in hanc actionem.*
7 *Ubi res petita tradenda est.*
8, 9 *et* 10 *De differentiis inter actiones vindicationis rerum singularium, et petitionis hæreditatis, et earumdem ratio.*
11 *et* 12 *Jus Hispanum.*

1 Postquam actum de actionibus, quæ de universitate propositæ sunt, subjicitur *hic* tractatio de actione seu petitione singularium rerum: quæ uno nomine appellatur *vindicatio.* Licet autem hoc verbum generaliter sumptum omnes in rem actiones comprehendat, *l. 25. de obl. et act.* §. 15. *Inst. de act.* sive ex dominio strictè sumpto nascantur, sive ex alio jure in rem, ut putà usufructu, servitute et similibus, ceu patet ex *l. 1.* et *passim si usufruct. pet.* ex *tit. si servit. vind.* et *alibi:* tamen, harum tractatione in *laudatos titulos* rejecta, agitur in *isto*, ut verbum *rei* in *inscriptione* demonstrat, de *vindicatione* pressius accepta, re-

Digitized by Google

rum scilicet corporalium quæ ad dominium nostrum pertinent, quæ per excellentiam per nomen *actio in rem*, significatur: non de ea quæ jurium est.

2 Sic usurpata vindicatio est: *Actio in rem singularis competens domino adversus eum qui rem suam quoquo modo possidet seu tenet, ut dominus declaretur, et reus cum omni causa restituat.* Quod in rem sit tanquam ex dominio nascens, superfluum est hic inculcare, quia sæpissimè ostensum, et omnibus est notum. Ut quis eam habeat, nihil interest, utrum jure gentium, an jure civili dominium acquisierit, *l. in rem 23. hoc tit.* Sed et competit nedum ei qui dominium plenum habet, verum etiam domino nudæ proprietatis, cui scilicet usufructus deest: in hoc tamen casu duntaxat proprietario fructus restituentur ex eo tempore, quo ad proprietatem usufructus fuerit reversus, *l. 33. eod.* Insuper ei quoque tribuitur qui dominium temporale habet, ut hæredi in re sub conditione legata, ea pendente, *l. non ideo 66. eod.* Et tandem etiam illi qui tantummodo habet dominium utile, qualis est emphyteuta, *l. 1. §. 1. si ag. vect.* de quo amplius loquemur *tit. 3. hujus libri.*

3 Ex tradita definitione patet, duo probanda ab eo qui hac actione uti voluerit, nimirum et se dominum esse, et adversarium suum rem possidere seu detinere, *l. 9. hoc tit.* sive revera sive interpretatione juris, ut accidit in iis qui dolo malo desierunt possidere, vel se liti obtulerunt: quæ omnia quia satis à nobis exposita in *Instit. §. 1. de act. n. 19. et seqq.* hic non repetimus. Adeo autem necessaria actori est dominii probatio, ut rem alienam possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur, ut Diocl. et Maxim. rescripserunt in *l. ult. C. hoc tit.* Multo igitur minus cogetur titulum suæ possessionis ostendere. Sane uno casu in pœnam rei conventi, in actorem dominium non probantem transfertur per Judicem possessio rei petitæ, quando nempe reus fuerit convictus se per mendacium negasse, rem petitam possidere, *l. ult. hoc tit.* (1).

4 Habet locum hæc actio in omnibus rebus mobilibus tam animalibus, quam his quæ anima carent, et in eis quæ solo continentur, *l. 1. §. 1. eod.* si excipias tignum ædibus vel vineis junctum, cujus vindicationem *lex 12. Tab.* prohibuit, ut latè exposuimus in *Inst. lib. 2. tit. 1. §. 29.* Et licet singularis seu specialis sit, possumus per eam vindicare non solum res singulas, sed etiam corpora distinctis capitibus constantia, ut putà gregem et similia, *d. l. 1. §. 3.* At non ut gregis, ita et peculii vindicatio recepta est: unde is cui peculium legatum est, non ipsum peculium, sed res singulas in eo

(1) L. 3. tit. 3. P. 3.

contentas petet, *l. vindicatio 56. eod.* Discriminis ratio ea est, quam Glos. et DD. tradunt in *dd. ll. 1. §. 3. et 56.* quod grex duntaxat est universitas facti et non juris, quatenus ex diversis coalescit capitibus seu partibus, quamvis distantibus aut inter se non cohærentibus: peculium vero juris universitas continens nedum corpora, sed etiam actiones, obligationes, imo et hæreditates, *l. 7. §. 4.* cum *seqq. de pecul.* Quando autem et quomodo vindicare possumus rem nostram quæ alienæ unita est per accessionem, seu cum ea confusa vel commixta est, tradidimus in *Instit. d. lib. 2. tit. 1. §. 26.* cum *duob. seqq.* et docent *l. 3. §. 2.* et *d. l. 23. §. 5. hoc tit.*

5 Qui rem vindicat, eam designare debet (1): et utrum totam, an partem, et quotam petat, *l. 6. hoc tit.* Et infectæ quidem materiæ pondus, signatæ numerum, factæ speciem; mensuram vero, cum res mensura continetur, eum dicere oportet, *d. l. 6.* (2): et quia demonstratio vice nominis fungitur, si nomen quod res habuerit, ignoraverit, demonstratione ejus utetur, *d. l. 6.* Nonnunquam tamen incertæ partis vindicatio datur, si nempe justa causa interveniat, ut putà legatario rei quæ detractione falcidiæ minuenda est, et nescitur quantum, *l. quæ 76. §. 1. eod.* Aliud exemplum habemus in *d. l. 3. §. 2. eod.* Si quis autem arcam seu cistam petierit, necesse non est, ut species in ea contentas exprimat; sed cistam tantum: et cum is qui petit aliquid quod exprimere debet, non meminit seu ignorat, ei juranti succurritur, *l. 1. §. quis 40.* cum *seq. depos. vel con.* ut scilicet admittatur libellus; sententia vero de eo duntaxat quod probaverit, feretur, ut explicat Glos. in *d. §. 40.* (3).

6 Reus hac conventus actione rem cum omni causa restituere debet, id est, ut omne habeat petitor quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, res fuisset restituta, *l. præterea 20. hoc tit.* Nedum igitur restituet fructus, sed et omne lucrum quod ex re petita perceperit, quia nullum facere debet, *l. 17. §. 1. eod.* Imo et re petita inter moras peremptâ sine dolo et culpa possessoris, pretium ejus præstabit iste, si forte petito eam erat distracturus, *l. item 15. §. ult. eod.* Quam *hujus l. 15.* sententiam intelligendam putamus de malæ fidei possessore, qui talis vere sit, non ita si tantum præsumptive, per ea quæ *supra* diximus in *tit. de hær. pet. n. 14.* Vide, si placet, Glos. in *d. l. 15* plurimos distinguentem casus. Planè si res quæ petitur culpa possessoris perierit, tenebitur iste, quamvis sola præsumptione quæ induci-

(1) L. 15. tit. 2. P. 3. ubi *et* plurima exempla.

(2) D. l. 15. l. 4. *et* ult. tit. 2. lib. 4. Recopil.

(3) D. l. 15.

tur per litis contestationem, fuerit malæ fidei possessor, *l. qui petitorio 36. §. 1. hoc tit.* atque etiam si res deterior fuerit facta, Judex vero rationem habere debebit, quanto sit facta deterior *l. 13. eod.* et *ibi* Glos. Accessiones quoque restituere possessor debet, ut si quid per alluvionem fundo accessit, *l. 34. eod.* vel domus in fundo fuerit ædificata, cum deductione scilicet impensarum, *l. 16. C. eod.* de quo postea.

7 Si res petita fuerit mobilis ac non præsens, et possessor bonæ fidei, in hujus arbitrio erit eam restituere aut ubi ipsa est, aut ubi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria, in iter vel navigationem faciendi sunt: nisi malit petitor suis impensis et periculo rem restitui ubi judicatur: quod etiam obtinet in malæ fidei possessore qui in alio loco rem nactus est. Si vero ab eo loco ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumptibus suis, *l. 10.* cum *duab. seqq. hoc tit.* (1).

8 Superest ut de fructibus et impensis loquamur. Et quod ad fructus attinet, eadem observantur tam in bonæ quam in malæ fidei possessore, quæ monuimus *sup. tit. de hær. pet. n. 10.* una duntaxat existente differentia inter utrumque judicium; ut nempe in hoc singulari vindicationis, bonæ fidei possessor duntaxat fructus exstantes restituere cogitur, et nullos ex eis quos bona fide consumpsit, etsi per eos factus fuerit locupletior, *l. 4. §. 2. fin. regun.* (2): in generali vero petitionis hæreditatis omnes omnino per quos locupletior est factus, *l. sed et si 25. §. 11. l. 40. §. 1. de pet. hær.* Late de hoc egimus, et rationem tradidimus in *Inst. lib. 2. tit. 1. §. 35. n. 15.* cum *seq.*

9 Recole etiam quæ de impensis diximus in *laudato tit. de hæred. pet. n. 11.* et animadverte, omnia fere eadem *hic* obtinere. Dicimus *fere*, quia non in omnibus idem jus servatur in hoc singulari vindicationis judicio: quippe in eo bonæ fidei possessor voluptarias non deducit, sed tantum tollit: imo et nonnunquam id ipsum facit in utilibus. Nam ut in *l. in fundo 38. hoc tit.* ait Celsus: *Bonus Judex varie ex personis causisque constituet:* quod et exemplis demonstrat; et generaliter docet, semper jus esse domino impediendi ne impensæ seu melioriationes tollantur, si paratus sit possessori tantum dare, quantum iste, eis ablatis, habiturus erat (3). Idemque dicendum de eo, qui ab initio bonam habuit fidem, sed postmodum cum sumptus facit, habet malam, quod nempe possit has impensas tollere, *l. 37. eod.* quod utique intelligendum, nisi

(1) *Arg.* l. 21. tit. 2. P. 3. quæ de actione ad exhibendum loquitur.

(2) L. 39. tit. 28. P. 3.

(3) L. 41. tit. 28. P. 3.

Digitized by Google

dominus solvere eas maluerit (1). Nunquam vero indulgendum hominum malitiis, ut puta si velis picturas corradere, nihil laturus, nisi ut officias, *d. l. 38. v. Constituimus.* In petitione autem hæreditatis bonæ fidei possessor omnes deducit, prout explicuimus *d. n. 11.*

10 Hujus differentiæ, et alterius quoad fructus, de qua meminimus *n. 8.* una eademque est ratio: quia nimirum, de possessore hæreditatis cautum est, ut nec locupletetur, neque damno afficiatur, ut probavimus in *d. tit. de hæred. pet. nn. 12. et 13.* hæc namque ratio illum adstringit etiam ad restitutionem fructuum consumptorum, quatenus locupletior factus est, simulque efficit ut omnes omnino impensas recuperet; in fructibus itaque durius, et in impensis benigniùs cum eo agitur, quam cum singulari possessore. Sed et aliam quoque differentiam invenimus, quamvis parvi ponderis, ut nimirum in judicio universali hæreditatis petitionis, possessor malæ fidei tollere possit sine læsione rei impensas voluptarias quas fecerit, ut monuimus in *tit. de hær. pet. n. 11.* in singulari vero de quo agimus, eas amittit, et domino donare censetur, §. *30. Inst. de rer. div.* quod de eo qui ab initio mala fide possidet, exaudiendum, per ea quæ modo diximus *n. 9.* (2). In *Vin. castigato lib. 2. tit. 1. §. 30.* servavimus sententiam Arnoldi Vin. nullam in hac parte differentiam agnoscentis inter judicia petitionis hæreditatis, et rei singularis: sed re maturiùs examinata, eam non probavimus in *Inst. Romano-Hispan.* et *hic* expresse rejicimus.

11 "In Hispania omnes possessores malæ fidei indistinctè »tenentur in judicio petitionis »hæreditatis restituere fructus ne»dum quos perceperunt, sed e»tiam qui percipi potuerunt, ut »ex *l. 4. tit. 14. P. 6.* notavimus »in *tit. de hær. pet. n. 10. in »margine.* At in hoc singulari ju»dicio de rei vindicatione, dis»tinctionem facit *l. 40. tit. 28. »P. 3.* ut nempe malæ fidei pos»sessores, qui rem surripuerunt, »vel sine jure invaserunt, tenean»tur etiam non solum de fructi»bus quos perceperunt ipsi, sed »et quos rei dominus percipere »potuerit: cæteri vero, qui scili»cet rem acceperunt justo titu»lo, sed ab illo, quem rem non »posse alienare sciebant, dunta»xat restituere teneantur à se ip»sis perceptos, demptis quatuor »casibus in *ead. l. 40.* exceptis. »Quam distinctionem *leges Ro»manæ* non expressere: eam ta»men facit Glossa in *l. si fun»dum 17. C. hoc tit.* Gothof. ve»ro in ead. *l.* illam non admit»tit, per *l. 1. C. de fide et jure »hastæ.*

12 »Præterea quamvis in *nos»tris legibus* designata non sit »differentia, quam meminimus »*sup. n. 8.* inter possessorem hæ-

(1) D. l. 41. l. 44. eod.

(2) L. 44. tit. 28. P. 3.

»ræditatis, et rei singularis possessorem quoad fructus perceptos et consumptos: eam tamen »faciendam probat Greg. Lop. in »glos. 2. l. 4. tit. 14. P. 6. et »indicat in glos. 5. l. 39. tit. 28. »P. 3.»

TITULUS SECUNDUS.

DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE.

1 *De actione Publiciana, remissive.*

1 In similitudinem actionis in rem civilis, seu directæ vindicationis, quæ veris dominis tribuitur, de qua actum *tit. præced.* introduxit Publicius Prætor in favorem quasi dominorum, seu dominorum fictorum, actionem, quæ *hujus tit.* argumentum. Sed de ea ita plene egimus in *Inst. lib. 4. tit. 6. §. 4.* ut nihil *hic* addendum putemus.

TITULUS TERTIUS.

SI AGER VECTIGALIS, ID EST, EMPHYTEUTICARIUS PETATUR.

Cod. lib. 4. tit 66.

1 *Quid sit ager vectigalis seu emphyteuticarius, et quod illius duo quodammodo sunt domini, quorum unus* directus, *alter* utilis *dicitur.*

2 *Dominorum directi, et utilis jura.*

1 Ager vectigalis seu emphyteuticarius ille dicitur: *Qui à domino in perpetuum alteri colendus fruendus traditur, sub certo vectigali quotannis solvendo, ea lege ut quandiu vectigal solvatur, neque accipiendi, neque eis qui in locum ejus successerunt, auferri possit, l. 1. l. ult. hoc tit.* et patet ex his quæ diximus in *Inst. lib. 3. tit. 25. §. 3.* ubi egimus de natura et effectibus emphyteusis. Horum agrorum dominium quodammodo divisum est, eorumque duo domini considerantur. Qui eos in emphyteusim seu sub vectigali vel canone concedunt, *domini directi* appellantur; qui accipiunt *utiles*: unde illorum dominium *directum*; horum *utile* vocatur.

2 Domini directi plura sunt jura quæ in *laudato §. 3. Inst.* recensuimus, eaque petere pote-

rit, ut quilibet dominus illa quæ sua sunt. Ad utilem pertinent possessio ipsius agri, ejusque fructus. Huic ergo competit utilis actio in rem, sive petitio agri adversus quemcumque illius possessorem, etiam adversus ejusdem directum dominum, ita tamen si vectigal solvat, *l. 1. §. 1.* cum *l. seq. hoc tit.* Appelatur utique non dominus in *d. §. 1.* sed in *l. possessores. 12. C. de fund. patrim.* dominus nuncupatur, etiam ille qui agrum à privato habet, omniaque jura dominis tributa, ei conceduntur. Dicemus itaque eum non dominum quoad dominium directum, et dominum quoad utile. Sed, quod magis est, etiam eis qui ad tempus agrum habent, hæc actio tribuitur, *l. ult. hoc tit.* tempus quidem non modicum, et causa cognita, ut id explicat Ulp. de superficiario qui simillimus est emphyteutæ in *l. 1. §. 3. de superficieb.*

LIBER VII.

TITULUS PRIMUS.

DE USUFRUCTU, ET QUEMADMODUM QUIS UTATUR ET FRUATUR.

Cod. lib. 3. tit. 33. (1).

Quæ ad *hunc titulum* spectant satis tractata in *Instit. lib. 2. tit. 4.* et *eod. lib. tit. 1. §§. 36. 37.* et *38.*

TITULUS SECUNDUS.

DE USUFRUCTU ACCRESCENDO.

Etiam de argumento *hujus tituli* plene actum in *Instit. lib. 2. tit. 4. §. ultimo.*

(1) Tit. 31. P. 3.

UNIVERSIDAD CENTRAL BIBLIOTECA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Digitized by Google

TITULUS TERTIUS.

QUANDO DIES USUSFRUCTUS LEGATI CEDAT.

1 *Quid sit* cedere diem, *et quis sit effectus cessionis diei in legatis.*

2 *Quando cedat dies usufructus pure legati, et quando si legatus fuerit ex die: et quid si hæres moram fecerit in adeundo: et quid si usufructus fuerit relictus in singulos annos.*

1 *Cedere diem*, ut ait Ulp. in *l. cedere 213. de verb. sign.* est: *Incipere deberi*: at *venire diem* significat: *Venisse eum diem quo pecunia peti potest*: quod exemplis illustrat, et nos late exposuimus in *Instit. lib. 3. tit. 16.* §. 2. In legatis effectus diei cessionis est, ut si legatarius post diem legati cedentem decesserit, ad hæredem suum transferat vel transmittat legatum, *l. si post. 5. quan. dies leg. vel fideic. cedat.*

2 Legati rei seu proprietatis dies, sive puri sive in diem à morte testatoris cedit, *d. l. 5.* §. *1. quan. dies leg. vel fideic. ced.* ubi Tribonianismum observamus: quandoquidem tempore Ulpiani cujus est *d. l. 5.* cedebat ab apertura tabularum, et demum à Justiniano effectum est, ut cedere à morte testatoris, *l. un.* §. *1. de cad. toll.* legati vero usufructus dies cedit ab adita hæreditate, si fuerit purum; et cum dies venerit, si in diem, *l. un.* §. 2. cum *seq. hoc tit.* adeo ut ante nec actio ipsa de usufructu cedat, ac proinde ut Scævola ait, agens ante diem, nihil facit, quamvis aliàs qui ante diem agit, male agit, *d. l. un.* §. *4.* Discriminis ratio est: quia quod legatæ proprietatis dies à morte testatoris cedat, favore legatarii constitutum est, ut ita ad hæredem suum transmittat legatum eo solum quod testatori supervixerit: hoc autem in usufructu locum nequit habere: nam ut ait Ulp. in *l. 3. d. tit. quan. dies leg.* cum usufructus ad hæredem non transferatur, frustra est, si ante quis ejus diem cedere dixerit: eoque respiciens Justinianus pulchrè dixit in *l. un.* §. *libertatibus. 6. de cad. toll.* neque à morte testatoris, neque ab adita hæreditate, quantum ad transmissionem, diem usufructus legati cedere. Quia vero hæredis mora in adeundo, usufructus legatario nocere poterat, rectè docet Africanus in *l. 36.* §. *ult. de usufruct. et quemadm.* quod si hæc mora intervenerit, tenebitur hæres legatario ejusve hæredi præstare, quantum eorum intersit, moram factam non esse: ut scilicet ex eo tempore

Digitized by Google

ususfructus æstimetur. Si autem ususfructus fuerit legatus in singulos annos, menses aut dies, non semel cedet dies, sed pluries per tempora adjecta legatario debebitur, ut plura hic sint legata, *d. l. un. hoc tit.* Cui consequens est, ut sit alternis diebus, is ususfructus legetur qui quotidie percipi non potest, non erit inutile legatum; sed locum habebit iis diebus, quibus fructuarius frui potest, *d. l. un. §. 1.* Quæ de legato ususfructus diximus, eodem modo obtinent in legato usus, vel habitationis, *d. l. un. §. 2. l. 2. d. tit. quan. dies legat.*

TITULUS QUARTUS.

QUIBUS MODIS USUSFRUCTUS VEL USUS AMITTITUR.

Modi quibus ususfructus vel usus amittitur traduntur in *Inst. lib. 2. tit. 4. §. 3. et tit. 5. in princ.* ubi plene eos exposuimus, ut nihil addendum supersit.

TITULUS QUINTUS.

DE USUSFRUCTU EARUM RERUM, QUÆ USU CONSUMUNTUR VEL MINUUNTUR.

Hujus tituli argumentum plene quoque tractatum in *Institut. lib. 2. tit. 4. §. 2.*

TITULUS SEXTUS.

SI USUSFRUCTUS PETATUR, VEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR.

1 *Quo sensu dici possit actionem, quæ ususfructus petitur, nasci ex dominio.*
2 *Adversus quem detur hæc actio fructuario.*
3 *Quid veniat in hanc actionem.*

1 Habemus in *hoc tit.* exemplum ejus quod diximus *sup. tit. de rei vind. n. 1.* nimirum actionis in rem, quæ non nascitur ex dominio stricte sumpto, sed ex alio in rem jure: qualis est ex quæ ad

Digitized by Google

petendum seu vindicandum usumfructum competit fructuario, *l.* 1. *l.* 2. *hoc tit.* qui licet in rem fructuariam jus habeat, illius tamen non est dominus, *l.* 25. *de verb. sign. et passim.* Sed quamvis rei fructuariæ dominus non sit, ei acquiritur ipse ususfructus seu jus utendi fruendi, *l.* 1. §. 1. *quib. mod. ususfruct. vel usus amitt.* ita ut hujus juris dominium adipiscatur, si ususfructus legitime constitutus sit *l.* 3. *hoc tit.* Quare si habito respectu ad hoc jus, de actione ista loquamur, recte dicemus etiam ex dominio nasci.

2 Hæc in rem actio, quæ, ut ceteræ quibus aliàs servitutes vindicamus, *confessoria* dicitur, nedum competit adversus rei fructuariæ dominum; sed etiam adversus quemvis possessorem, *l.* 5. §. 1. *eod.* Sicut autem fructuario datur hæc actio, ita è converso et alia etiam in rem domino fundi tribuitur ad hujus libertatem vindicandam, qua intendit alteri jus non esse utendi fruendi: quæ quia illi conceditur qui negat usumfructum ad alium pertinere, *d. l.* 5. §. 2. appellatur *negatoria* seu *negativa*, *d. l.* 3. §. 7. *l.* 2. *si servit. vind.* §. 2. *Instit. de act.* ubi harum actionum natura exponitur, et latius à nobis in *ejusd.* §. 2. *commentario.*

3 In his actionibus quæ de usufructu agunt, etiam fructus venire plus quam manifestum est, *d. l.* 5. §. 3. Sicut itaque fructuario in rem confessoria agenti fructus præstandi sunt: ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur. Sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat: nam et possesori competunt hæ actiones: quod si possidet, nihil fructuum nomine consequetur. In eo ergo solum tunc versabitur officium Judicis, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam; et proprietatis dominus ne inquietetur, *d. l.* 5. §. 7. *hoc tit.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE OPERIS SERVORUM.

1 *Collatio legati ususfructus servi, cum legato operarum ejusdem.*

1 Usumfructum, de quo hactenus actum, esse proprie servitutem ex earum specie quas personales appellant, expresse traditur in *l.* 1. *de servit.* et nemo est qui ambigat. De operis vero servorum dubitari potest, per ea quæ diximus in *Inst. de usufruct. in rubr.* Sed quidquid sit de hac quæstione nominis, certum est, harum operarum legatum accedere plurimum legato ususfructus, vel usus, *l.* 3. cum

duabus *seqq. hoc tit.* Et quidem fructuario servi acquiritur, quod ex servi operis acquiritur, §. 4. *Inst. per quas per quisque adq.* quia in servi usufructu operæ sunt, et ob operas mercedes, *d. l. 3.* Sed non per omnia pari passu ambulant, ut idem de utroque dici queat, *l. 5. §. 3. usus fruct. quemad. cav. l. 1. §. 9. ad l. Falcid.* sequentes etenim differentiæ noscuntur inter legatum operarum servi, et ususfructus servi legatum: I. plus juris est fructuario servi, quam ejusdem operarum legatario, quatenus illi ex duabus causis acquiritur per servum, ex re scilicet ipsius fructuarii, et ex operis servi, *d. §. 4. Instit.* huic vero ex secunda duntaxat: II. servo usucapto, ejus ususfructus durat, *l. 17. §. pen. de usufr. et quemadm.* operæ amittuntur, *l. 2. de usu, et usufr. et red.* cæt. III. ususfructus servi, ut quilibet alius, finitur morte fructuarii sive naturali, sive civili, capitis nempe deminutione maxima vel media, et non utendo, §. 3. *Inst. de usufr.* quod contra evenit in legato operarum, quod ad hæredem transmittitur, *d. l. 2.* IV. legati ususfructus dies cedit ab adita hæreditate, *l. un. §. 2. quan. dies ususfr. leg. ced.* operarum vero ex quo petuntur, *l. operæ 7. de usu et usufr. et red.* cæt. Differt quoque operarum legatum à legato usus, quia per illud potestas legatario datur locandi operas, *d. l. 2.* quod usuario servi non licet, *l. 12. §. ult. de usu et hab.* §. 1. *Instit. eod.* In summa operarum servi legatarius habebit jus percipiendi omnem militatem ex operis servi alieni: et nullam aliam.

TITULUS OCTAVUS.

DE USU ET HABITATIONE.

Cod. lib. 3. tit. 33.

De argumento *hujus tituli* plene ex professo egimus in *Instit. lib. 2. tit. 5.*

TITULUS NONUS.

USUFRUCTUARIUS QUEMADMODUM CAVEAT.

Pro argumenti *hujus tit.* illustratione sufficiunt ea quæ diximus in *Inst. lib. 2. tit. 4. in pr. n. 10. et seq.*

Digitized by Google

LIBER VIII.

TITULUS PRIMUS.

DE SERVITUTIBUS.

Cod. lib. 3. tit. 34. (1).

Quamvis ususfructus, usus, et habitatio proprie servitutes sint, quæ *personales* dicuntur; tamen quia unaquæque proprium et speciale nomen habet, eo appellari solet, nomenque *servitus* simpliciter positum de realibus seu prædialibus prædicari: quod et Justinianus *hic* fecit transiens ad has servitutes, postquam in *tit. præcedd.* egerat de personalibus. Quia vero ad *hunc titulum* duntaxat pertinent generalia de servitutibus, exponere nempè earum naturam, et qui et quibus modis possunt eas acquirere, et imponere, quod satis à nobis traditum in *Inst. lib. 2. tit. 3. in rubr. et §. ult.* te illuc remittimus. In *tit. ult. huj. lib.* agitur de modis quibus servitutes amittantur.

TITULUS SECUNDUS.

DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM URBANORUM.

Satis exposuimus *hujus tituli* argumentum in *Institutionib. lib.* *2. tituli 3. §. 1.*

TITULUS TERTIUS.

DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM RUSTICORUM.

Sed et de argumento *hujus tituli* satis actum in *Instit. d. lib.* *2. tit. 3. in pr. et §. 2.*

(1) Tit. 31. P. 3.

Digitized by Google

TITULUS QUARTUS.

COMMUNIA PRÆDIORUM, TAM URBANORUM QUAM RUSTICORUM.

Quamquam in *duob. præcedd. tit.* separatim Justinianus egit de servitutibus prædiorum urbanorum et rusticorum, et in *tit. hujus lib.* egerat de servitutibus in genere; voluit nihilominus *titulum istum* subjicere. Sed quæro, ait *hic* Cujacius: Quid *hic tit.* distat à generali de servitutibus? Et respondet sibi: In *titulo de servitutibus* propositæ sunt species servitutum, et quæ pertinent ad substantiam servitutis: item modi quibus servitutes constituuntur; et hæc quædam proemia sunt ad quæstiones de servitutibus. Nunc datur titulus in quo traduntur quæ communia sunt servitutibus prædiorum urbanorum et rusticorum. In eumdem modum sunt in Codice tituli *Communia de legatis: de manumissionibus: de usucapionibus.* Placuitque Justiniano ista methodis; fatendum tamen, potuisse omnes hos titulos omittere, eorumque argumenta in titulis generalibus non incongrue tractare. Nos quæ ad *hunc* pertinent, tradidimus in *Instit. lib. 2. tit. 3. in rubr. et §. ult.*

TITULUS QUINTUS.

SI SERVITUS VINDICETUR, VEL AD ALIUM PERTINERE NEGETURI.

1 *Quibus competat vindicatio servitutis.*

1 *Titulus iste* simillimus est *tit. VI. lib. præced.* ut si ab objecto discesseris, vix ullam inter utrumque differentiam reperias: quia quemadmodum fructuario datur actio confessoria ad vindicandam servitutem personalem seu usumfructum contra proprietarium aliumve possessorem; et proprietario negatoria ad vindicandam libertatem: ita eodem modo res agitur inter petentem servitutem realem, et eam negantem, seu libertatem vindicantem, *l. 2. hoc tit.* ut quæ *illic* diximus, *huc* ex integro sint accommodanda. Illud duntaxat animadvertere libet, quod licet actio confessoria directa ad vindicandam servitutem realem solo domino prædii dominantis detur, *d. l. 2. §. 1. l. 6. §. 3. eod.* non est

Digitized by Google

tamen iniquum, ut utilis tribuatur et ei qui pignori fundum accepit, et emphyteuticario: sic uti ipsius fundi petitio dabitur, *l. 16. de serv.* Recole, si placet, quæ *sup.* diximus *lib. VI. tit. III.*

TITULUS SEXTUS.

QUEMADMODUM SERVITUTES AMITTUNTUR.

1 *Mutatione prædii quæ nomen mutatur, non amittitur servitus.*

Modos quibus servitutes amittuntur late recensuimus in *Inst. lib. 2. tit. 3. §. ult. à num. 6.* Unum tamen addimus quod *ibi* quodammodo desideratur, mutatione prædii quia nomen mutatur, non extingui servitutem realem, in incontrahenda servitute aliud actum sit, ut de servitute rustica traditur in *l. 13. de servit. præd. rust.* et de urbana quando ædificium sublatum est, ita tamen ut eadem specie et qualitate reponatur, quo casu utilitas exigit ut idem intelligatur, licet strictius interpretetur aliud: quod contra est in usufructu, ut docet *l. 20. §. 2. de serv. præd. urb.* et latè ostendimus in *Initia. lib. 2. tit. 4. §. 3. à num. 11.*

LIBER IX.

TITULUS PRIMUS.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR (1).

1 *Quid sit pauperies; et de actione de pauperie.*

1 In *quatuor hujus libri tit.* agit Justinianus de actionibus personalibus, quæ hæsis compertunt ob damnum ipsis datum. Damnum autem infertur vel ab animalibus, vel ab hominibus liberis vel à servis. Dum ab animalibus datur, *pauperies* appellatur, quæ ut à Justiniano definitur in *pr. Inst. hoc tit.* nihil est aliud, quam: *Damnum*

(1) L. 22. tit. 15. P. 7.

sine injuria facientis datum. Actio quæ propter hoc damnum datur noxalis est, *d. pr.* et personalis, quia ex obligatione nascitur, qua dominus noxalis tenetur vel ipsum tradere, vel damni æstimationem præstare, *l. 1. hoc tit.* Hæc autem obligatio non descendit neque ex contractu vel quasi, neque ex maleficio vel quasi, ut consideranti patebit: nascitur itaque ex variis causarum figuris, ut dixit Cajus in *l. 1. de obl. et act.* vel pressius loquendo ex æquitate, ut probat Westemb. in *dissert. 7. de caus. obl. cap. 2.* Est insuperactio ista ex eis quæ dicuntur *in rem scriptæ*, quæ semper contra possessorem dantur, §. 5. *Inst. de noxal. act. l. 20. l. ult. eod.* Ex natura actionum noxalium tenetur dominus quadrupedis vel hanc tradere, vel æstimationem præstare: interdum hanc electionem non habet sed in solidum damni convenietur, ut puta si interrogatus an sua quadrupes esset, responderit non esse suam, et postea constiterit ejus esse, *l. 1. §. 15. hoc tit.* Cætera quæ ad *hunc tit.* spectant, tradidimus in *Inst. hoc tit.*

TITULUS SECUNDUS.

AD LEGEM AQUILIAM.

Cod. lib. 3. tit. 35. (1).

De damnis quæ injuria fiunt ab hominibus liberis, lata est lex Aquilia: de qua est *præsens titulus.* Sed quia *tit. 3. lib. 4. Institut.* eamdem inscriptionem habet, in eoque satis de hoc argumento sumus locuti, nihil *hic* adimus.

TITULUS TERTIUS.

DE HIS QUI EFFUDERINT, VEL DEJECERINT.

Ex quasi delicto venit obligatio propter effussa et dejecta; quæ actionem producit, de qua in *hoc tit.* Et satis quoque de hoc egimus in *Institut. lib. 4. tit. 5. §. 1.*

(1) Tit. 15. P. 7.

TITULUS QUARTUS.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Cod. lib. 3. tit. 41.

Copioso etiam de his actionibus tractavimus in *Instit. lib. 4. tit. 8.* qui eodem modo inscribitur.

LIBER X.

TITULUS PRIMUS.

FINIUM REGUNDORUM.

Cod. lib. 3. tit. 39. (1)

1 *et* 2 *Ratio ordinis, et quare actiones et judicia de quibus in* hoc tit. et duob. seqq. *dicantur mixta et duplicia.*
3 *Quid sit actio* finium regundorum, *et cui competat.*
4 *Unde descendat hæc actio et de spatio* 5 *pedum quod olim inter fundos confines relinquendum erat.*
5 *Quando locus est huic actioni.*
6 *Quid si inter agros intervenerit via publica, flumen, aut rivus privatus.*
7 *Quomodo examinandæ et decidendæ quæstiones de finibus.*
8 *Quid veniat in hanc actionem.*
9 *De spatio relinquendo ab eo qui maceriam facere, fodere, seu arbores plantare voluerit; item de pœna eorum qui fines turbant, remissive.*
10 *Hæc actio 30. annos durat.*

1 Post actiones noxales, quæ, ut modo vidimus, in rem scriptæ sunt, quatenus etsi personales sint, semper adversus possessorem exercentur, ac proinde mixtam quodammodo naturam sapiunt: voluit Justinianus in *hoc tit. et duob. seqq.* agere de tribus aliis *finium regundorum, familiæ erciscundæ, et communi dividundo:* quæ, ut ipse ait in *Inst. §. 20. de act.* mixtam quoque causam obtinere videntur; revera tamen, etiam personales sunt, ut in *d. §. 20.* exposuimus, quia nascuntur ex obligatione quam parit vel rei confusio, vel

(1) L. 10. tit. 15. P. 6.

communio, in qua nemo invitus cogitur permanere, *l. ult. C. com. divid.*

2 Sed et alio sensu hæ tres actiones *mixtæ* dicuntur in *l. 37. §. 1. de obl.* et *act.* quia nempe, ut *ibi* ait Ulp. in eis uterque actor est; et ut plenius alibi explicatur, et reus, *l. 44. §. 4. famil. ercisc.* id est, in tribus judiciis quæ per has actiones exercentur, singulæ porsonæ duplex jus habent, agentis, et ejus cum quo agitur, *l. 10. hoc tit.* atque idcirco duplex calumniæ jusjurandum præstare compelluntur, nimirum; nec intendere litem, nec ad inficias ire calumniandi causa, *d. l. 44. §. 4.* Licet autem uterque litigator et actor sit et reus, quia par causa omnium, videtur; is tamen intelligitur actor, qui ad judicium provocavit, *l. 2. §. 1. com. div. in quibus et aliis*, et à DD. communiter hæc tria judicia appellantur duplicia, propter laudatum duplicem actoris et rei respectum, quem in eis ambo litigatores induunt.

3 His tanquam prolusionibus horum trium judiciorum prælibatis, ad ea singillatim excutienda progrediamur; et quoad primum, *finium regundorum* scilicet, quod *hujus tituli* argumentum est, diximus in *laud. §. 20. Inst.* inter eos agi, qui confines agros habent, ut fines regantur. Quare illa dicitur *finium regundorum* actio: *Quæ inter eos qui habent confines agros, instituitur, ut horum fines ad certam et justam normam regantur seu dirigantur.* Hinc patet, nihil amplius hic desiderari in volente agere, quam quod agrum confinem habeat cum eo, cum quo acturus est; atque id ipsum in hoc requiri: ut proinde liberum sit cuique eorum ad judicium provocare; hic autem qui provocaverit, actor intelligetur, ut *sup.* monuimus. Quia vero hæc actio, licet personalis, pro vindicatione est, *l. 1. hoc tit.* et ut ait Constantinus in *l. 3. C. eod.* proprietatis controversiæ cohæret, atque ideo quadantenus sapit naturam actionis in rem et *mixta* dicitur: idcirco eis competit, qui vel domini agrorum sunt, vel jus aliquod in rem in eis habent, quales sunt emphyteutæ, fructuari, et creditores pignerationii illos possidentes, *l. sed et loci 4. §. 9. hoc tit.* Non vero ei locus est inter eos qui fundum communem habent, *d. l. 4. §. 6.* adeo, ut si ego et tu communem fundum habeamus, et insuper ego solus alium fundum vicinum, non possimus hoc judicium accipere: quia ego et tu in hac actione adversarii esse non possumus; sed unius loco habemur, *d. l. 4. §. 7.*

4 Actio ista ex *l. XII. Tab.* descendit, ex qua inter agros vicinorum spatium vacuum 5. pedum, qui fines finium dici potuerunt, erat relinquendum quod usucapi non poterat, et *limitare iter* veteres dicebant, ut eo spatio ire agere uterque dominus posset, et aratrum circumvertere. Post Decemviros lata est lex Mamilia quæ quoties de his

quinque pedibus esset controversiam, elegi arbitrum seu agrimensorem jussit, qui fines regeret, et eos ex arte sua constitueret. Si vero ultra pedes quinque litigandum, non huic actioni, sed rei vindicationi locus erat, et Præses seu Judex adeundus, Gothof. in *l. 5. C. hoc tit.* Alciat. in *lib. de quinq. ped. præscript.* Jacob. Gothof. in *ll. 3. 4.* et *ult. C. Theod. hoc tit. lib. 2. tit. 26.* ubi plurima invenies. Valde autem probabilis est conjectura Cujac. in *lib. 10. cap 34.* et in *11. cap. 5. observ.* existimantis, olim intervenisse terminorum finiumve jurgiis finiendis Sacerdotes, quos *Fratres* seu *Sodales arvales*, veteres apellabant; eosque de finibus et terminis motis cognovisse, propterea quod termini sacri erant: imo et antiqua Romanorum superstitio ipsum Terminum Deum esse fingebat. Lactant. *lib. 1. de fals. relig. cap. 20.* Javenal. *satyra 16. v. 37.*

Improbus, aut campum mihi si vicinus ademit.
Aut sacrum effodit medio de limite saxum,
Quod mea cum vetulo coluit puls annua libo.

Plura de hoc Deo Termino habes apud Ovid. *lib. 2. Fastor.*

5 Hodie hæc superstitio, ut et cæteræ, evanuit; atque etiam sublatum est vetus illud de spatio quinque pedum discrimen; daturque hæc actio propter qualescumque fines confusos, *d. l. 5. C. hoc tit.* sive confusi fuerint casu, ut puta irruptione flummis, *l. si irruptione 8. hoc tit.* sive facto culpave hominis qui eos dejecerit, vel exaraverit, *l. 4. §. 4. eod.* aliove modo turvaberit, arborem videlicet aut ædificium ponendo: quamvis enim actio ista ad prædia rustica pertineat, nihil obest quod ædificia interveniant, *l. 2. eod.* hoc tamen intellige de ædificio in fine posito ut ipsum sit terminus, quod si injuste fuerit positum, deponetur, *d. l. 4. §. 3.* non vero ut etiam in quæstione de confinio ipsorum ædificiorum seu urbanorum prædiorum huic actioni sit locus: quæ de finibus duntaxat rusticorum proponi potest, *d. l. 4. §. 10.* ubi et ratio traditur; quod nempe urbana prædia non tam confinia quam vicina dicuntur, et communibus parietibus plerumque disterminantur. Quare si de confinio urbanorum prædiorum quæstio emerserit, *novi operis nunciatione*, vel interdicto *quod vi aut clam* utemur, ut suis locis tradetur. Cæterum nihil obstat quominus etiam in urbe de hortorum latitudine, finium regundorum agi possit, *d. l. 4. §. 10.*

6 Quia hæc actio inter eos tantum instituitur qui confines agros habent, nobis non competet si inter fundum meum et tuum via publica intervenerit, *d. l. 4. §. ult.* sed *viæ receptæ* actione tecum agam ad id quod mea intersit, si viam publicam fundos nostros dividentem fodiendo, in agrum meum rejeceris, *l. ult. de via publ. et itin. publ.* Eademque ratione non dabitur si flumen

intercesserit; nimirum quia his casibus magis via publica vel flumen in confinio meo est, quam ager tuus, *l. 5. hoc tit.* Sed si rivus privatus intervenit, finium regundorum agi potest, *l. 6. eod.*

7 In finalibus quæstionibus fines veteres investigare oportet ac servare (1); et probantur ex veteribus monumentis, et census seu designationis auctoritate ante litem inchoatam, nisi postea permutatos fuisse probetur, *l. 11. hoc tit.* atque etiam per testes. Ad officium autem Judicis de finibus cognoscentis pertinet mensores mittere, et per eos dirimere ipsam de finibus quæstionem, *d. l. 8. §. 1. hoc tit. l. 3. C. eod.* si tamen res exigit, loca suis oculis subjiciet, *d. l. 8. §. 1.* (2). Et poterit etiam adjudicatione controversiam dirimere quoties amovendæ veteris obscuritatis gratia, vel alia legitima causa expediat per aliam regionem fines dirigere, *l. 2. §. 1. hoc tit.* (3): quo casu ex alterutrius prædio alteri adjudicandum: et is cui adjudicatur, invicem pro eo quod ei adjudicatur, certa pecunia condemnandus, est, *l. 3. eod. §. 6. Inst. de offic. Jud.* (4).

8 In hoc judicio finium regundorum ejus etiam quod interest, ratio habetur. Quare si quis aliquam utilitatem ex eo loco perceperit, quem vicini esse appareat, eo nomine quoque condemnatio fiet, *l. 4. §. 1. hoc tit.* In quo §. necessaria est interregatio post verbum *fiet*, quasi Jurisc. dixisset non *fiet*, ut recte notavit Gloss. in *eod.* §. quod monere placuit, quia in pluribus editionibus deficit, et sensum turbat. Cæterum, quod ad fructus attinet, distinguendum est, ut omnes post litem contestatam percepti veniant: antea vero percepti non omnino, sed extantes duntaxat; aut enim bona fide quis percepit et eos lucratur, si consumpsit; aut mala fide, et condici eos oportet, *d. l. 4. §. 2.* Et si constiterit eum qui finalem detulerit quæstionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sive portionem sibi alienam usurpare voluisse: non solum id quod male petebat, amittet; sed et tantum agri sui modum, quantum adimere tentavit, *l. 4. C. eod.* (5). Quia vero utriusque interest, et publice expedire putatur, ut fines certi et noti sint, uterque vicinus mercedem mensoris præstabit, etsi ab altero solo fuerit conductus, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.*

9 Quantum spatium à finibus relinquere debeat is qui in prædio suo voluerit maceriam facere, fodere, arboresve plantare, habes in *l. ult. hoc tit.* De pœnis autem eorum qui fines dejecerunt, vel exararunt, aliove modo moverunt, in *titulo de termino moto*, qui est 21. *libri* 47. opportunius loquemur.

(1) L. 10. tit. 15. P. 6.
(2) D. l. 10.
(3) D. l. 10.
(4) D. l. 10.
(5) L. 30. tit. 14. P. 7.

Nunc admonere sufficiat, Judicem qui de hoc crimene cognoscit, etiam de finibus cognoscere posse, *d. l.* 4. §. 4. *hoc tit.*

10 Hæc actio 30. ann. præscriptione tollitur, *l. ult. C. hoc tit.*

TITULUS SECUNDUS.

FAMILIÆ ERCISCUNDÆ.

Cod. lib. 3. tit. 36 (1).

1 *Quid sit actio familiæ erciscundæ; et quomodo accipiatur hic nomen* hæres.

2 *et* 3 *Unde proficiscatur hæc actio, et cui, et adversus quem competat.*

4 *et* 5 *Hujus actionis finis et objecta; et quæ veniant in hanc actionem.*

6, 7 *et* 8 *Non veniunt quæ jam exierunt de communione: et quid de nominibus, et de rebus individuis ad hæreditatem pertinentibus.*

9 *De præstationibus personalibus.*

10 *In omnium persona condemnationes et absolutiones faciendæ: item quomodo potest hoc judicium accipi inter pauciores ex pluribus hæredibus.*

11 *Judex nihil debet indivisum relinquere: et quid agendum si quædam indivisa relicta fuerint.*

12 *De pluribus hæreditatibus inter eosdem communibus.*

13 *De adjudicatione.*

14 *et* 15 *De cæteris ad officium Judicis pertinentibus.*

16, 17 *et* 19. *De divisionibus factis sine Judici Arbitrove.*

18 *An divisio à Judice facta reformari possit ob læsionem ultra dimidium justii pretii.*

20 *Quantum duret hæc actio.*

21 *In Hispania pleraque specialia esse in divisione inter descendentes, remissive.*

22 *De bonis surreptis, de tabulis testamenti, et divisione à testatore seu patre facta.*

1 Secundum ex judiciis mixtis seu duplicibus, sensu quo id explicuimus *tit. præc. nn.* 1. et 2. est judicium *familiæ erciscundæ*, id est, hæreditatis dividendæ, à nobis expositum in *Inst.* §. 20. *de act. n.* 3. Actio qua in hoc judicio utimur, est: *Actio cuilibet ex hæredibus competens adversus cohæredes ad communem hæreditatem dividendam, et præstandas personales præstationes* (2). Nomen *hæres* late *hic* accipitur ut comprehendat non solum eos qui jure civili hæredes sunt, sed etiam qui jure honorario, ut puta bonorum possessores, et eos quibus ex senatusc. Trebelliano restituta est hæreditas, *l.* 24. §. 1.

(1) Tit. 15. P. 6. tit. 8. lib. 5. Recop.

(2) L. 2. tit. 15. P. 6. junct. l. 6. eod.

Digitized by Google

hoc tit. qui utilem actionem habebunt, *l. 40. eod.*

2 Proficiscitur hæc actio ex *lege XII. Tab.* quia cohæredibus volentibus à communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, *l. 1. eod.* adeo, ut uno solo petente, hoc judicium instituendum sit, *l. arbitrum 43. eod.* (1). Palam autem est, ei duntaxat inter cohæredes qua tales locum esse, ut tam qui convenitur, quam qui agit, hæres esse debeat, *d. l. 1. §. 1. l. cum putarem 36. eod.* non est tamen necesse, ut hæres partem suam hæreditatis possideat, sed ipso jure competit quoque hæc actio ei qui partem suam non possidet, *d. l. 1. §. 1.* idemque potest hoc judicium accipere, *d. l. 25. §. 2 eod.* Sed si is qui possidet, neget non possidentem sibi cohærendum esse, potest eum excludere per exceptionem: *quod in ea re de qua agitur præjudicium hæreditati non fiat: d. l. 1. §. 1.*, id est, ei objicere quod prius probare debet se esse hæredem (2): ejusdem generis exceptionem probat Africanus in *l. 16.* et in *l. 18. de except.* Quod si actor eam partem possideat, non ei nocet talis exceptio: sed eo casu ipse Judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscet an cohæres sit (3). Nisi enim cohæres sit, neque adjudicari ei quidquam oportet, neque adversarius ei condemnandus est, *d. l. 1. §. 1.*

3 Nihil autem interest utrum quis hæres sit ex testamento, an ab intestato (4): quia cum per familiæ erciscundæ actionem dividatur hæreditas sive ex testamento obvenerit, sive ab intestato ex quacumque lege, vel senatusconsulto, *l. 2. hoc tit.* hæredi cujuscumque sit generis hæc actio dabitur: quinimo et adrogato ad quartam quæ ei fuerit delata ex constitutione D. Pii, utilis tamen, non directa: quia proprie neque hæres, neque adhuc bonorum possessor est, *d. l. 2. §. 1.*

4 Hujus actionis finis, ut ex definitione patet, duplex est: primus et præcipuus, ut hæreditas dividatur, et discedatur à communione, in qua, quia materia discordiarum esse solet, *l. cum pater 77. §. dulcissimis 20. de legat. 2.* (5), nemo cogitur invitus permanere, *l. ult. C. comm. divid.* Secundus, ut præstationum personalium habeatur ratio. Quare ejus objecta duo: primum hæreditas, seu res communes titulo hæreditatis: secundum præstationes personales; hisque duobus constat hoc judicium, *l. item 22. §. 4. hoc tit.* (6). Illud vero vel unus solus petere potest (7): etiam invitis cæteris, *d. l. 43. eod.* quod similiter obtinet in judicio *communi dividundo, l. si quis 29. §. 1. comm. div.* ex ratione modo

(1) D. l. 2.
(2) L. 7. tit. 10. P. 3.
(3) D. l. 7.
(4) D. l. 2. tit. 15. P. 6.
(5) L. 1. d. tit. 15. P. 6.
(6) D. l. 2. *junct.* l. 6. eod.
(7) D. l. 2.

Digitized by Google

expressa, quod nemo cogitur invitus in communione permanere. Et quod ad primum attinet, veniunt in hanc actionem nedum res quæ testatoris erant, et proprie hæreditariæ sunt, *l. 1. hoc tit.* sed etiam eæ, quas, cum alienæ essent, testator bona fide possidebat, *l. 10. eod.* Venient itaque illæ, quas hæredes usuceperunt, cum defuncto traditæ essent, *l. 9. eod.* sed et illæ veniunt quæ hæredibus traditæ sunt, cum defunctus emisset, *d. l. 9.* atque illæ, quæ pignori datæ sint defuncto, de quibus late agit *lex 29. eod.* De commodatis et depositis apud defunctum legem non habemus; sed eas etiam venire eo sensu, quo venire in petitionem hæreditatis vidimus *sup. tit. de hæred. petit. n. 8.* licet non veniant in judicium communi dividundo, bene docet Glos. in *l. 44. hoc tit.* quam in hoc sensu interpretatur.

5 Cum in hanc veniant actionem res hæreditariæ, vel ad hæreditatem pertinentes, veniet etiam res sub conditione legata, quia ea pendente hæreditaria est: adjudicabitur itaque cum sua causa, id est, ut existente conditione eximatur ab eo cui adjudicata est; vel ea deficiente ad eos pertineat quibus adjudicata vel relicta est, *l. 12. §. 2. eod.* Fructus quoque venire, explorati juris est, *l. non solum 56. hoc tit. l. 9. l. 17. C. eod.* (1) Si uni ex hæredibus testator rem aliquam prælegaverit ejus quoque in hoc judicio ratio habebitur, ut ipsi quidem soli præstetur, *l. 4. l. 8. hoc tit.* Paul *3. sent. 6.* cautionem tamen præstabit, ut cohæredibus copiam ejus faciat, si eorum interfuerit, *d. l. 8.* Et denique, si divisio hæreditatis inter defuncti descendentes fiat, ea omnia in hanc actionem venient quæ à descendentibus conferenda sunt, cum iste sit collationis effectus: de quibus ex professo agemus *inf. lib. 37. titt. 6.* et *7.*

6 Quia, ut *supra* vidimus, objectum hujus actionis sunt res titulo hæreditatis communes, palam est, in eam non venire illas, quæ jam de communione exierunt; *l. 54. hoc tit.* Quò etiam pertinent quæ ipso jure divisæ sunt, qualia sunt nomina quæ ipso jure in portiones hæreditarias ex *lex. XII. Tab.* divisa sunt, *l. ea 6. C. eod.* quam divisionem, in partes scilicet intellectu factas re tamen indivisas, recipere tes incorporales, et non aliam, notum est. Cæterum, si inter cohæredes stipulationes interpositæ fuerint de divisione nominum, eo sensu, ut unaquæque singulis in solidum adjudicentur, stabitur divisioni, et alter alteri, pro portione sua, actiones mandabit, procuratorem in rem suam eum faciens, *l. 2. §. 5. hoc tit.* Imo et id Judici licebit nonnunquam: quia sæpe solutio et exactio partium non minima incommoda habet; *l. 3. eod.* ubi et docet Gajus, hanc divisionem non efficere, ut quis solus totum debeat, vel ut to-

(1) L. 6. tit. 15 P. 6.

tam alicui debeatur; sed ut, si agendum sit partim suo, partim procuratorio nomine agat, idemque fiat si conveniatur: manente creditoribus potestate cum singulis experiundi.

7 Cum finis hujus actionis sit, ut res hæreditariæ inter cohæredes dividantur, patet nec in eam venire res individuas quæ divisionem non recipunt, ut puta servitutes: quæ ergo defuncto debebantur, vel ipse debebat, in solidum ad omnes hæredes transeunt; et si alicui non præstentur, vel is non præstet, pro portione hæreditaria lis æstimabitur, et condemnatio fiet, *d. l.* 25. §§. 9. et 10. *eod.* Usumfructum excipimus, quia ratione commoditatis quam continet, dividi potest, *l. ususfructus* 5. *de ususfr. et quemadm.*

8 Aliud exemplum rerum quæ dividi nequeunt, habemus in tabulis testamenti, et in cautionibus hæreditariis, si quæ fuerint, de quibus Ulp. in *l.* 4. §. *ult.* et latius Gajus in *l. seq. hoc tit.* Eæ, ut *ibi* docemur, jubebit Judex, ut apud eum maneant, qui majore ex parte hæres est, et si omnes ex iisdem partibus hæredes sint, nec inter eos conveniat apud quem potius esse debeant, ut sorte dirimatur; aut ut ex consensu vel suffragio eligatur amicus apud quem deponantur; aut denique ut in æde deponantur sacra: cæteris autem paribus semper præferendus senior juniori, amplioris honoris inferiori, mas feminæ, *l. ult. de fid. instrum.* (1). Ipse autem apud quem fuerint depositæ, cæteris exemplum dabit, eisque cavebit, se eas exhibiturum, cum res exegerit, *d. l.* 5. (2). Ad licitationem vero rem deducere, ut qui licitatione vicerit, habeat instrumenta hæreditaria, non oportet *l.* 6. *eod.* Sed nec dividet Judex mala medicamenta et venena, nec libros improbatæ lectionis, quæ in hæreditate invenerit sed hæc omnia protinus corrumpet, *d. l.* 4. §. 1. (3). Neque ea quæ ex peculatu, sacrilegio, vi, vel latrocinio quæsita sunt, *d. l.* 4. §. 2. (4).

9 Exposuimus hactenus primum et præcipuum actionis *familiæ erciscundæ* objectum: de secundo, præstationibus videlicet personalibus, pauca nunc loquemur, quia omnia fere quæ *huc* pertinent, tradita à nobis sunt in *Inst.* §. 4. *de obl. quæ. quasi ex contr. nasc.* quare ea duntaxat quæ *ibi* desiderantur, et hoc complent argumentum, breviter secundum nostri instituti rationem, *hic* trademus. Diximus *ibid.* præstationes personales quæ in hanc actionem veniunt, induci nomine seu titulo lucri, damni vel impensarum, ut scilicet hæres pro rata, quod fecit lucrum cum cohæredibus communicet, vel damnum eis sarciat, vel impensas ab ipsis recipiat. Animadvertendum autem est, non omnia quæ hæres fecit his præstationibus locum

(1) L. 7. tit. 15. P. 6.
(2) D. l. 7. *cum.* seq.
(3) L. 2. eod.
(4) D. l. 2.

facere; sed ea tantum quæ quasi hæres fecit: et ideo si vivo testatore unus ex hæredibus pecuniam sustulerit, in hoc judicium ea pecunia non venit: quia tunc nondum erat hæres. Ubi vero quasi hæres fecit, veniet, etsi aliam præterea quis actionem habeat, *l. et puto 16. §. 4. l. 44. §. 3. l. 49. vers. Nam ut familiæ, hoc tit.* Neque has præstationes impedit, quod res cujus ratione indicuntur in rebus humanis esse desiit, *l. 24. eod.*

10 In omnium persona condemnationes et absolutiones faciendæ sunt: et ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in cæterorum persona, quod fecit Judex non valebit, *quia non potest (ex) uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere*, ut ait Paul. in *l. in hoc 27. eod.* Cæterum quoad dividendam ipsam hæreditatem potest hoc judicium accipi inter pauciores ex pluribus hæredibus, *l. 2. §. 4. eod.* et *ibi* Anton. Faber: et dum hoc contigerit, hæredis absentis, et ignorantis juri minime derogatur. Poterit itaque iste portionem suam cum reditibus arbitrio familiæ erciscundæ percipere, nullum ex facta inter cohæredes divisione præjudicium timens, *l. 17. C. eod.*

11 Judex in hoc judicio nihil debet indivisum relinquere, *d. l. 25. §. 20. hoc tit.* Quod si quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividundo de eis agi potest: nam familiæ erciscundæ judicium, amplius quam semel agi non potest, nisi causa cognita, *l. 20. §. 4. eod.* quæ doctrina de divisione à Judice facta duntaxat exaudienda: nam si non omnem defuncti hæreditatem cum cohærede ex consensu divisisti, nihil tibi oberit quominus familiæ erciscundæ experiri possis, nisi sententia vel transactio super ea re fuerit subsecuta, ut Sever. et Anton. rescripserunt in *l. 1. C. eod.* Sane ex causa judicium istud iterari potest, ut putà si per restitutionem in integrum fuerit recissum *l. 1. C. si advers. transact. vel divis.* sed hoc ideo, quia prior divisio perinde est, ac si non fuisset facta. Huc etiam plerique referunt casum *l. 17. C. hoc tit.* de quo nuper in *fine n. præced.* sumus locuti.

12 Nihil autem obstat, quod de pluribus hæreditatibus inter eosdem ex diversis causis communibus, unum familiæ erciscundæ judicium sumi possit, *d. l. 25. §. 3. hoc tit. l. 8. C. eod.* Idemque erit dicendum, etsi ad primam hæreditatem duo solum hæredes instituti sint, et ad secundam alter eis adjectus, *d. l. 25. §. 4.* Sed neque ullum est impedimentum, quominus duo cohæredes ad plures communes hæreditates vocati, de una tantummodo judicium experiatur, *d. l. 25. §. 5.*

13 Ad officium Arbitri seu Judicis pertinet res communes regionibus dividere, partesque singulis assignare; vel si id commode fieri nequeat, singulas singulis adjudicare, et si in alte-

Digitized by Google

rius persona prægravere videatur adjudicatio, imo invicem certa pecunia cæteris cohæredibus condemnare, §. 4. cum *seq. Inst. de offic. jud. l. 3. C. comm. div.* (1). Si vero divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur, poterit uni soli res omnes adjudicare, et in ejus personam totam condemnationem conferre, *l. si familiæ 55. hoc tit.* atque etiam alii proprietatem, alii usumfructum adjudicare, *l. 6. §. 1. de usufr. et quemadm.* Sed et potest licitatione admissa uni rem adjudicare, *d. item 22. §. 1. hoc tit.* Imo et extraneum licitatorem nonnumquam valet admittere, ut puta, si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis, ut ideo non posse vincere vilius licitantem, profiteatur, *d. l. 3. C. comm. divid.* quæ licet de sociis loquatur, in cohæredibus etiam servanda, cum eadem omnino in utrisque ratio à æquitas. Poterit quoque servitutem imponere, ut alium fundum alii servum faciat ex iis quos adjudicat. Sed si pure alii adjudicaverit fundum, alium adjudicando amplius servitutem imponere nequit, *d. l. 22. §. 3. hoc tit.* Illud tandem pro omnibus adjudicationibus sciendum est, id quod adjudicatur statim fieri ejus cui adjudicatum est, §. *ult. Inst. de offic. jud.*

14 Officio quoque Judicis continetur, ut si testator rem pignori creditori datam per præceptionem sciens legaverit; ex communi pecunia luatur, eamque ferat is cui fuerat legata, *l. 28. hoc tit.* atque etiam jubere rem hæreditariam venire unam pluresve, pecuniamque ex eo redactam ei numerari, cui legata sit, id est, prælegata, ut exponit Glos. in *l. 26. eod.* Sane si cohæredes voluerint pecuniam legatam de suo solvere, audiendi erunt, *l. si pecunia 12. de legat. 2.*

15 Curare quoque debet Judex, ut de evictione cavetur his quibus adjudicat, *d. l. 25. §. 21. hoc tit.* (2). Quinimo et si nihil de evictione dictum fuerit, possessionis evictæ detrimentum cohæredes pro sua parte agnoscere coguntur per actionem *præscriptis verbis, l. 14. C. eod.* Dicimus, *si nihil de evictione dictum fuerit*: quia si ipsi hæredes sponte et sine Judice hæreditatem inter se diviserint, specialem quam circa evictionem fecerint conventionem, servabunt ut manifesto ostendit *ipsa l. 14.* Similiter, si creditores proportionibus hæreditariis hæredes conveniant, et unus placita seu solutionem detrectet, poterit etiam cum eo agi *præscriptis verbis, l. 20. §. 3. hoc tit.* ubi Ulpian. Jurisconsult. rationem assignat, cur actione *præscriptis verbis* agendum sit: quia nimirum divisio naturam permutationis sapit; palam autem est permutationem, utpote contractum innominatum, actionem *præscriptis verbis* parere. Dicitur utique in *l. 11. C. com. utr. jud.* divisionem præ-

(1) L. 10. tit. 15. P. 6.

(1) L. 9. tit. 15. P. 6.

diorum vicem emptionis obtinere; sed hoc ideo, quia permutatio similis emptioni est, ut bene probat Glos. in *d. l. 1.*

16 Divisionem posse fieri sine ullo Judice Arbitrove etiam sine scriptura, dubium non est; sive ab ipso testatore inter hæredes suos, *d. l. 20. §. 3. l. 10. C. hoc. tit.* sive ex consensu per ipsosmet cohæredes, *l. ult. hoc tit. l. 1. l. 15. C. eod.* Si autem ita fuerit facta, et possessio consensu cohæredum secuta sit, vindicatio suæ partis cuique hæredi competit; possessione vero non secuta, ad Arbitrum eundum est, ut provideat communionem finiri, *d. l. 15.* quia cum sola conventio dominium rerum singularum nulli hæredi tribuat, necessarium est, ut adjudicatione per Judicem facta unicuique acquiratur.

17 Divisione sine Judice facta per fraudem vel dolum, aut perperam, succurritur etiam majoribus, *l. 3. C. comm. utr. jud.* in qua et rationem tradunt Diocl. et Maxim. quia nempe, in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformari valet. Et quidem si fraude seu dole facta appareat, vel ipso jure erit nulla, vel actioni seu exceptioni de dolo locum faciet, secundum ea quæ diximus in *Inst. §. 28. de act. n. 10.* et *sup. lib. 4. tit. 3. un. 2.* et *3.* quin oporteat distinguere an læsio sit enormis necne, nisi modica sit, id est, usque ad duos aureos, *l. 9. §. ult.* junct. *l. 10.* cum *seq. de dol. mal.* At, si sine dolo læsio contigerit, non aliter rescindi posse, quam si enormis fuerit, id est, ultra dimidium justi pretii, censent Voet *hoc tit. n. 35.* Hein. *eod. §. 225.* aliique plurimi ex *l. 2. C. de rescin. vend.* junct. *l. 1. C. comm. utr. jud.* Nobis tamen magis arridet contraria sententia asserens per quamlibet læsionem immodicam (quod Judicis arbitrio relinquitur) posse etiam hanc divisionem rescindi, per ea quibus eam late probat Ayor. *de partit. part. 3. quæst. 6.*

18 An vero reformanda eodem modo sit divisio à Judice facta per fraudem, dolum, aut perperam, non ita expeditum est: quia dum id statuitur in *d. l. 3. C. comm. utr. jud.* adduntur hæc verba, *sine judicio*: quibus plerique moti censent, solam divisionem sine Judice factam subjici rescissioni stabilitæ in *d. l. 2. C. de rescind. vend.* ob læsionem ultra dimidium justi pretii, Hein. *hoc tit. §. 225.* Westemb. *hoc tit. §§. 19.* et 20. Cæterum probabilius videtur, etiam divisionem in judicio factam posse propter dictam læsionem rescindi, ut probat Voet *hoc tit. n. 35.* vide, si placet, Glos. et Gothofr. in *d. l. 3.* Quinimo et sufficiet in nostra sententia ad rescissionem, quod læsio sit immodica licet intra dimidium justi pretii, secundum ea quæ *n. præced.* diximus. Quare in argumento quod in *hoc* et *præced. n.* attingimus, nullam facimus differentiam inter divisionem factam in judicio et extra judicium. Id

autem intelligimus cum Ayor. in *d. part. 3. quæst. 7.* de divisione quam Judex probavit ad meram partium supplicationem sine causæ discussione: si enim causa cognita pactibus in contrarium agentibus, sententia sua divissionem firmaverit, lesio sine dolo eam non turbabit, *l. un. C. de error. calc.*

19 Illud vero monendi sumus, in divisione à testatore facta omnes hæredes partibus seu portionibus ipsis assignatis contentos esse debere, salva legis Falcidiæ auctoritate, id est, portione quæ lege Falcidia apud hæredes remansura est, *l. quotiens 10. C. hoc tit.* vel portione jure naturali debita seu legitima, si hæres filius testatoris fuerit, ut recte monet Glos. in *ead. l. 10.* quia liberum est testatori cætera bona, prout ipsi placuerit, distribuere. In hac divisione locum evictioni non esse actionem intendendo; esse tamen par exceptionem, si cohæredes prælegata ipsis relicta petierint, bene ex *l. pater 77. §. evictis 8. de legati et fid. 2.* probat. Gom. *2. var. cap. 2. n. 34.* Voet tamen *hoc tit. n. 1.* non improbabiliter contendit, hoc decidendum esse ex regulis de valore legati rei alienæ.

20 Et denique monendum superest, actionem istam *familiæ erciscundæ* 30. annos durare, *l. 1. §. 1. C. de annali except.* Quare si quis ex hæredibus 30. annorum spatio res hæreditarias tanquam in solidum suas possederit, sibi soli eas servare poterit, numquam à cohæredibus inquietandus. Dicimus, *tanquam in solidum suas*: quia pro indiviso communiter eas possidendo, cohæredes hac actione non privabit (1): tum, quia ita possidendo alium sibi consortem in possessione agnoscit: tum etiam, quia jus à communione recedendi meræ est facultatis, quod nec longissimi temporis præscriptione excluditur. Præterea, si ita possidens cohæredes hanc actionem intendentes posset repellere, maneret in perpetuum inter invitos communio, quæ mater discordiarum est; et nulla societatis in æternum coitio est, *l. 70. pro. soc.* qua ratione improbatur pactum quo convenerint socii, ne omnino divisio fiat; licet possint convenire ne fiat intra certum tempus, quod ipsius rei qualitati prosit, *l. 14. §. 2. comm. div.*

21 »In Hispania quando »divisio facienda est inter de»functi descendentes, et maxime »si parens aliquem ex eis in ter»tio vel quinto melioraverit, »plura specialia habemus, legi»bus Romanis prorsus incognita: »quæ quia à nobis tradita in *Inst.* »in *Appendice de leg. part. lib.* »*et parent.* et *de melior. ter. et* »*quin.* quam subjecimus *tit. 18.* »*lib. 2.* hic missa facimus. Quare »ea duntaxat quæ de cæteris di»visionibus monenda observamus, »memorabimus.

22 »Postquam *lex 2. tit. 15.* »*P. 6.* probat *legem 4. §. 2. hoc*

(1) L. 3. tit. 15. lib. 4. Recop.

diorum vicem emptionis obtinere; sed hoc ideo, quia permutatio similis emptioni est, ut bene probat Glos. in *d. l. 1.*

16 Divisionem posse fieri sine ullo Judice Arbitrove etiam sine scriptura, dubium non est, sive ab ipso testatore inter hæredes suos, *d. l. 20. §. 3. l. 10. C. hoc. tit.* sive ex consensu per ipsosmet cohæredes, *l. ult. hoc tit. l. 1. l. 15. C. eod.* Si autem ita fuerit facta, et possessio consensu cohæredum secuta sit, vindicatio suæ partis cuique hæredi competit; possessione vero non secuta, ad Arbitrum eundum est, ut provideat communionem finiri, *d. l. 15.* quia cum sola conventio dominium rerum singularum nulli hæredi tribuat, necessarium est, ut adjudicatione per Judicem facta unicuique acquiratur.

17 Divisione sine Judice facta per fraudem vel dolum, aut perperam, succurritur etiam majoribus, *l. 3. C. comm. utr. jud.* in qua et rationem tradunt Diocl. et Maxim. quia nempe, in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformari valet. Et quidem si fraude seu dolo facta appareat, vel ipso jure erit nulla, vel actioni seu exceptioni de dolo locum faciet, secundum ea quæ diximus in *Inst. §. 28. de act. n. 10.* et *sup. lib. 4. tit. 3. un. 2.* et *3.* quin oporteat distinguere an læsio sit enormis necne, nisi modica sit, id est, usque ad duos aureos, *l. 9. §. ult.* junct. *l. 10.* cum *seq. de dol. mal.* At, si sine dolo læsio contigerit, non aliter rescindi posse, quam si enormis fuerit, id est, ultra dimidium justi pretii, censent Voet *hoc tit. n. 35.* Hein. *eod. §. 225.* aliique plurimi ex *l. 2. C. de rescin. vend.* junct. *l. 1. C. comm. utr. jud.* Nobis tamen magis arridet contraria sententia asserens per quamlibet læsionem immodicam (quod Judicis arbitrio relinquitur) posse etiam hanc divisionem rescindi, per ea quibus eam late probat Ayor. *de partit. part. 3. quæst. 6.*

18 An vero reformanda eodem modo sit divisio à Judice facta per fraudem, dolum, aut perperam, non ita expeditum est: quia dum id statuitur in *d. l. 3. C. comm. utr. jud.* adduntur hæc verba, *sine judicio*: quibus plerique moti censent, solam divisionem sine Judice factam subjici rescissioni stabilitæ in *d. l. 2. C. de rescind. vend.* ob læsionem ultra dimidium justi pretii, Hein. *hoc tit. §. 225.* Westemb. *hoc tit. §§. 19.* et 20. Cæterum probabilius videtur, etiam divisionem in judicio factam posse propter dictam læsionem rescindi, ut probat Voet *hoc tit. n. 33.* vide, si placet, Glos. et Gothofr. in *d. l. 3.* Quinimo et sufficiet in nostra sententia ad rescissionem, quod læsio sit immodica licet intra dimidium justi pretii, secundum ea quæ *n. præced.* diximus. Quare in argumento quod in *hoc* et *præced. n.* attingimus, nullam facimus differentiam inter divisionem factam in judicio et extra judicium. Id

autem intelligimus cum Ayor. in *d. part. 3. quæst. 7.* de divisione quam Judex probavit ad meram partium supplicationem sine causæ discussione: si enim causa cognita partibus in contrarium agentibus, sententia sua divissionem firmaverit, lasio sine dolo eam non turbabit, *l. un. C. de error. calc.*

19 Illud vero monendi sumus, in divisione à testatore facta omnes hæredes partibus seu portionibus ipsis assignatis contentos esse debere, salva legis Falcidiæ auctoritate, id est, portione quæ lege Falcidia apud hæredes remansura est, *l. quotiens 10. C. hoc tit.* vel portione jure naturali debita seu legitima, si hæres filius testatoris fuerit, ut recte monet Glos. in *ead. l. 10.* quia liberum est testatori cætera bona, prout ipsi placuerit, distribuere. In hac divisione locum evictioni non esse actionem intendendo; esse tamen per exceptionem, si cohæredes prælegata ipsis relicta petierint, bene ex *l. pater 97. §. evictis 8. de legati et fid. 2.* probat. Gom. 2. *var. cap. 2. n. 34.* Voet tamen *hoc tit. n. 1.* non improbabiliter contendit, hoc decidendum esse ex regulis de valore legati rei alienæ.

20 Et denique monendum superest, actionem istam *familiæ erciscundæ* 30. annos durare, *l. 1. §. 1. C. de annali except.* Quare si quis ex hæredibus 30. annorum spatio res hæreditarias tanquam in solidum suas possederit, sibi soli eas servare poterit, numquam à cohæredibus inquietandus. Dicimus, *tamquam in solidum suas*: quia pro indiviso communiter eas possidendo, cohæredes hac actione non privabit (1): tum, quia ita possidendo alium sibi consortem in possessione agnoscit: tum etiam, quia jus à communione recedendi meræ est facultatis, quod nec longissimi temporis præscriptione excluditur. Præterea, si ita possidens cohæredes hanc actionem intendentes posset repellere, maneret in perpetuum inter invitos communio, quæ mater discordiarum est; et nulla societatis in æternum coitio est, *l. 70. pro. soc.* qua ratione improbatur pactum quo convenerint socii, ne omnino divisio fiat; licet possint convenire ne fiat intra certum tempus, quod ipsius rei qualitati prosit, *l. 14. §. 2. comm. div.*

21 »In Hispania quando »divisio facienda est inter de»functi descendentes, et maxime »si parens aliquem ex eis in ter»tio vel quinto melioraverit, »plura specialia habemus, legi»bus Romanis prorsus incognita: »quæ quia à nobis tradita in *Inst.* »in *Appendice de leg. part. lib.* »*et parent.* et *de melior. tar. et* »*quin.* quam subjecimus *tit. 18.* »*lib. 2.* hic missa facimus. Quare »ea duntaxat quæ de cæteris di»visionibus monenda observamus, »memorabimus.

22 »Postquam *lex 2. tit. 15.* »*P. 6.* probat *legem 4. §. 2. hoc*

(1) L. 3. tit. 15. lib. 4. Recop.

„*tit.* statuentem non esse divi„denda bona surrepta in hære„ditate reperta, ut notavimus „*n.* 8. in *margine*, addit, ea „restituenda esse illis ad quos „pertineant, eorumve hæredibus; „et si de his certo non appa„reat, danda in honorem Dei, „ut defuncti anima liberationem „consequatur. An autem bona „ista possint dari pauperibus, qui„bus, et per quos, vide Greg. „Lop. in *glos.* 12. *de l.* 2. alios „laudantem. *Lex* vero 9. *d. tit.* „15. divisionem à patre seu tes„tatore factam evictione eximit: „quam exemptionem recte limi„tat Greg. Lop. in *glos.* 2. *ejusd.* „*l.* 9. ut non habeat locum, si „constiterit voluisse testatorem, „ut æqualitas inter hæredes ser„vetur."

TITULUS TERTIUS.

COMMUNI DIVIDUNDO.

Cod. lib. 3. tit. 37.

1 *Judicium* communi dividundo *simillimum est judicio* familiæ erciscundæ; *et quid sit illius actio.*

2 *Cui detur hæc actio.*

3, 4 *et* 5 *De fine et objectis hujus actionis; et quæ veniant in eam.*

6 *Quænam prohibeantur socio invitis sociis, et quid permittatur: et quod locum habet etiam in unica re quæ corporaliter dividi nequit.*

1. Restat *hoc tit.* exponendum tertium et ultimum ex mixtis et duplicibus judiciis, cui, ut cæteris conveniunt ea omnia, quæ notavimus *sup. hoc lib. tit.* 1. *nn.* 1. et 2. Illud exposuimus in *Inst.* §. 20. *de act. n.* 4. et similimum esse ostendimus *familiæ erciscundæ* judicio. Erit itaque actio qua hoc judicium intendimus: *Actio competens cuilibet ex sociis adversus alios socios ad rem communem dividendam, et præstandas præstationes personales.* Semota igitur causa ipsius hæreditatis, *l.* 4. *hoc tit.* omnia fere quæ de illo judicio diximus *tit. præced.* in hoc quoque observantur, *l.* 6. §. 11. *hoc tit.* ut ex progressu apparebit.

2 Datur hæc actio nedum illi qui jure dominii proprie et stricte talis rem communem cum alio habet, *l.* 4. *eod.* sed etiam habenti Publicianam actionem, *l.* 7. §. 2. *eod.* eis qui pignori rem acceperunt, *d. l.* 7. §. 6. et fructuariis, *ead. l.* 7. §. 7. Quod quibusdam ex his non directa sed utilis detur, nihil interest, cum idem sit utriusque exitus. Non vero competit prædonibus, nec iis qui precario, vel clam rem possident, *d. l.* 7. §. 4. neque colonis, neque eis qui depositum susceperunt, quam-

Digitized by Google

vis naturaliter possideant, *d. l. 7.* §. *11.* Potest autem intendi etiam inter non possidentes, *l. 30. eod.* quia per eam agimus ad dividendum dominium, non autem possessionem.

3 Finis hujus actionis idem ac præcedentis; et ejus quoque objecta duo, res nempe communes, et prestationes personales, *l. 3. l. 4.* §. *3. hoc tit.* §. *5. Inst. de offi. jud.* Pertinent itaque tanquam primum et præcipuum objectum ad hoc judicium, et in hanc veniunt actionem res communes. Nihil autem refert, cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit, *l. 2. hoc tit.* Quinimo et inter hæredes communi dividundo agi potest, *l. inter 44. fam. ercisc.* etiam de rebus jure hæreditario communibus, *l. 20.* §. *4. eod. l. quibus 34. pro soc.*

4 Ipsam vero hæreditatem non venire in hanc actionem, apertissime docet Ulp. in *l. 4. hoc tit.* ubi et rationem indicare videtur, dum ait: *Per hoc judicium corporalium rerum fit divisio*, quasi dicere: *Hæreditatis divisio non fit per hoc judicium, quia hæreditas non est res corporalis*: et sane eam assignat Anton. Fab. in *d. l. 44. fam. ercisc.* et attingit Glos. in *d. l. 4.* Cæterum cum Paulus in *l. 19.* §. *ult. hoc tit.* probet ex sententia Pomponii, etiam jura in hoc judicium venire posse, ut mensura vel temporibus dividantur; non satis placet prædicta ratio, quamvis *laudatam l. 19.* intelligas de judicio utili, et non de directo, ut plerique faciunt. Melius dicemus hæreditatem non venire in actionem *communi dividundo*, quia dum de dividenda vel petenda hæreditate agitur, habenda etiam est ratio rerum quæ defuncto commodatæ erant, vel apud eum depositæ, ut tradimus *tit. præced. n. 4.* et *tit. de hær. petit. n. 8.* quæ in judicio *communi dividundo* locum non habent; quò respicere videtur differentia tradita à Paulo inter objecta utriusque judicii in *d. l. 44. fam. ercisc.* ut existimavit Glos. in *ead. l. 44.*

5 Cætera quæ in actionem *familiæ erciscundæ* venire diximus, tam quoad primum, quam quoad secundum ejus objectum, veniunt etiam in hanc *communi dividunda*; et quidem eodem modo. Sicut itaque in illa præstationibus personalibus locum non faciunt omnia ea quæ hæres fecit; sed ea solum quæ quasi hæres gessit, *tit. præced. n. 9.* ita neque in hac omnia quæ fecit socius; sed dumtaxat ea quæ communi nomine egit, seu debuit agere, *l. in hoc 14. hoc tit.* pro aliis actio negotiorum gestorum dabitur, *l. 6.* §. *2. eod. l. 40. de negot. gest.* Similia quoque sunt hæc duo judicia in eis quæ pertinent ad officium Judicis et ad præscribendam actionem: de quibus similitudinibus omnes fere *hujus tit. leges* loquuntur. In eo quidem differunt, quod *communi dividundo* judicium iterari potest, etsi una duntaxat res indivisa manserit, *l. 4.* §. *2. hoc tit.* quod

Digitized by Google

contra esset in judicio familiæ erciscundæ vidimus ex *l.* 20. §. 4. *fam. ercisc.* in *tit. præced. num.* 11.

6 Illud denique pro omnibus rebus communibus animadvertere libet, neminem dominorum posse quidquam in re communi facere invito altero. Poterit igitur socius à socio prohiberi ne quid faciat; ut tamen factum tollat cogi non potest, si alter, cum prohibere poterat, hoc prætermisit: et ideo per communi dividundo actionem, damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio ad lassionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur, *l. Sabinus* 28. *hoc tit.* Cuilibet vero è sociis permissum est partem alteri vendere invitis sociis, nisi lis fuerit contestata, *l.* 1. *C. hoc tit.* Monere etiam oportet locum quoque huic judicio esse quando una tantum res communis existit, etsi hæc partes divisas habere non possit, sed solum indivisas, putà mulus, bos: tuncque totam uni Judex adjudicabit, cum alteri certa pecunia condemnando, §. 4. *Inst. de offic. jud.* Quod obtinere etiam in judicio familiæ erciscundæ (1) non ambigimus, cum eadem sit utrobique ratio. Cui non obstat, quod in hæc judicia ad rerum divisionem introducta, res individuæ non veniant, ut monuimus *tit. præc. n.* 7. quia licet laudatæ res aliæque similes corporales, natura dividi aut secari corporaliter nequeant, ita enim perirent; non individuæ, sed dividuæ censentur, propterea quod divisionem per intellectum recipiunt, quatenus juris intellectu in partes, quamvis reapse indivisas, dividuntur, quæ utilitatem ita considerate tribuunt, *l.* 5. *de stip. serv.* et *passim*: quod contra est in servitutibus, quibus non nisi in solidum uti possumus; nec evenire aut intelligi potest, ut per partes emolumentum præstent: atque idcirco sunt individuæ, ut explicat Barth. Ches. *lib.* 1. *interp. jur. cap.* 50. agens ex professo de dividuis et individuis obligationibus.

TITULUS QUARTUS.

AD EXHIBENDUM.

Cod. lib. 3. *tit.* 42. (2).

1 *Quid sit exhibere, et quid actio ad exhibendum.*

2 *Hujus actionis usus; et cui competat.*

(1) L. 10. tit. 15. P. 6. (2) L. 16. *cum seq.* tit. 2. P. 3.

Digitized by Google

3 *Qui convenire possunt hac actione.*
4, 5 et 6 *Hujus actionis finis et fructus.*
7 *Ubi res exhibenda, et cujus impendiis et periculo.*
8 *Quando potest iterari hoc judicium, et de præscriptione hujus actionis.*
9 *In Hispania quædam expressa quæ in Romanis legibus non leguntur.*

1 Actioni ad exhibendum non in opportuna hæc sedes: quia et ipsa mixtam quoque naturam sapit, quatenus licet personalis sit, *l. 3. §. 3. hoc tit.* ex æquitate orta, in rem scripta est contra possessorem semper competens, *d. l. 3. §. ult.* de quo mox. Cum autem exhibere sit: *Facere in publico potestatem, ut ei qui agit, experiundi sit copia, l. 2. eod.* ita describi poterit: *Actio competens omnibus quorum interest adversus quemcumque possessorem, ut rem, de qua acturi sunt, exhibeat cum omni causa, vel præstet id quod interest.*

2 Hæc actio, ut ait Ulp. in *l. 1. eod.* per quam necessaria est: et vis ejus in usu cotidiano est: et maximè propter vindicationes inducta est. Competit autem omnibus quorum interest, *d. l. 3. §. 12. l. 19. eod.* et acturi sunt vel in rem qualicumque actione, etiam pigneratitia, serviana, sive hypothecaria, *d. l. 3. §. 3.* vel in personam, *eod. l. 3. §. 7.* et *pass. hoc tit.* (1). Quod si plurium intersit, etiam ex diversis causis, omnes ad exhibendum recte agent, *d. l. 3. §. 12.* Qui ergo ad exhibendum agit non dicit se dominum, nec debet ostendere, *d. l. 3. §. 1.* sed tantum sua interesse. Judex itaque summatim debet cognoscere an ejus intersit: non an ejus res sit, *d. l. 3. §. 9.* et insuper an causa ob quam intersit justa sit, non aliter quam si justam invenerit, actionem admissurus, *d. l. 3. §. 11.* Deinde hæres non quasi hæres; sed suo nomine hac actione uti potest, *l. 12. §. ult. eod.* id est, si ipsiusmet intersit. Monendi vero sumus, neque legatarios, neque ullos alios extra hæredem posse per hanc actionem petere, ut tabulæ testamenti, vel codicilli, aliudve ad testamentum pertinens ipsis exhibeatur, quamvis eorum intersit; sed hoc ideo, quia ipsis sufficit interdictum de tabulis exhibendis in hanc eamdem rem ipsis competens, *d. l. 3. §. 8. hoc tit.* de quo est *titulus §. lib. 43.*

3 Convenire potest actione ista, non solum qui civiliter possidet; sed etiam qui naturaliter possessioni incumbit, seu in possessione est alterius nomine, ut putà ille apud quem res deposita, vel cui commodata, vel locata sit, *d. l. 3. §. ult.* cum *l. seq.* imo et quicumque detentor qui modo facultatem seu potestatem exhibendi habeat, *l. 5. eod.* in cujus *princ.* et §§. plurima habemus exempla. Si quis

(1) D. l. 16.

autem non possideat litis contestatæ tempore; sed postea ante sententiam possidere cœperit, exhibere tunc tenebitur, *arg. l. 7. §. 4. eod.* (1). Et quia secundum famosam regulam dolus malus pro possessione est, et ex ea, qui dolo desiit possidere pro possidente damnatur, *l. qui dolo 131. l. parem 150. de div. reg. jur.* tenebitur quoque qui dolo malo fecerit quominus possideat, *d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 4. l. 14. hoc tit.* (2). In hæredem vero ejus actio non dabitur, nisi vel ipse exhibere possit, vel ex dolo defuncti locupletior si factus, veluti quod pretium rei consecutus sit, *l. 12. §. ult. eod.*

4. Actionis hujus finis est, ut res actori exhibeatur, res utique mobilis, *l. ad rem 56. de proc.* (3), etiam juncta immobili, excepto tigno ædibus juncto: de quo nec ad exhibendum agi potest, prohibente *leg. XII. Tab. l. 6. hoc tit.* (4), ut late tradidimus in *Inst. §. 29. de rer. div. et acq. ipso. dom.* Immobiles vero res sæpe ipsæ se exhibent, quippe latere facile non possunt, *l. 2. v. Sed C. quan. et quib. quar.* Et quamvis non de restituendo, sed tantum de exhibendo agatur, exhiberi res debet cum omni causa, id est, in eadem conditione seu causa in qua fuit cum judicium acciperetur (5), ut actor copiam rei habens, possit exequi actione quam destinavit nulatenus lesa. Proinde si hac actione conventus restituat rem, quæ post litem contestatam fuerat usucapta, ab alio putà, non videtur exhibuisse, cum petitur intentionem suam perdiderit: et ideo absolvere eum non oportet, *l. Julianus 9. §. 6. cum seq. hoc tit. §. 3. Inst. de off. jud.* habebitque etiam Judex rationem fructuum medii temporis, *d. §. 3.* (6).

5 Si reus cum quo agitur neget, in præsenti se exhibere posse, et tempus ad exhibendum petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum: quod nisi statim exhibeat, neque caveat, condemnandus est in id quod actoris intererat, si res ab initio exhibita fuisset, *d. §. 3.* Reus vero contumax seu dolo malo non exhibens, per in litem jusjurandum petitoris damnatur, Judice quantitatem taxante, *l. 3. §. 2. hoc tit.* (7). Sed si rem exhibuerit deteriorem dolo suo vel culpa, ad exhibendum quidem actione absolvi debet: quia exhibuit, et non impedit petitori actionem directam tali exhibitio: poterit tamen agere ex lege Aquilia de hoc damno, *l. si quis 17. eod. l. 7. C. eod.* (8). Hoc tamen intellige pro eo duntaxat casu quo res in aliud corpus dolo malo rei non sit translata: nam si translata exhibeatur, actio ad exhibendum durabit, *d. l. 9. §. 3. l. 12. §. 3.*

(1) L. 20. tit. 2. P. 3.
(2) L. 19. eod.
(3) L. 16. eod.
(4) D. l. 16.
(5) L. 22. eod.
(6) D. l. 22.
(7) L. 19. eod. l. 6. tit. 11. P. 3.
(8) D. l. 19.

Digitized by Google

hoc tit. (1). At, si quis cum judicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo et culpa possidere desierit, absolvi debet, *l. 7. §. 5. eod.* contraria tamen sententia traditur in *l. 12. §. 4. eod.* Tu eas concilia secundum ea quæ in simili diximus *tit. de hær. pet. n. 14.* et *tit. de rei vind. n. 6.*

6 Si actor jus suum probaverit, non solum res exhibenda, sed etiam restituenda cum omnibus utilitatibus, nedum perceptis ex ipsa re, sed etiam illis quæ amissæ sunt ob hoc quod non exhibetur, vel tardius exhibetur, æstimandis à Judice, *d. l. 9. §§. penult.* et *ult. l. 11. eod.* (2).

7 Res ibi exhibenda ubi fuerit cum lis contestaretur; et si alio sit postea translata, eo loci ubi actum sit reducenda erit periculo et impendiis actoris: nisi reus data opera eam in alium locum transtulisset, ut actori incommodior esset exhibitio; tunc etenim sumptibus et periculo rei redactio fiet: ne ei sua calliditas prosit, *l. 11. §. 1. eod.* (3).

8 Hoc ad exhibendum judicium nequit ex eadem causa iterari: ex nova potest. Nova causa intelligitur, quæ ex novo facto oritur, licet ejusdem sit naturæ; *d. l. 12. §. 2. hoc tit.* Hujus denique actionis terminus, utpote personalis, 30. anni, *l. 3. C. de præsc. 30. v. 40. annorum.*

9 "In Hispania interdictum » de tabulis exhibendis distinctum » ab actione ad exhibendum, non » agnoscimus. Quare nedum hære- » des, sed alii quicunque, quo- » rum intersit tabulas testamenti » exhiberi, poterunt per lauda- » tam actionem id petere: idemque » dicendum de alio quolibet ins- » trumento, *l. 17. tit. 2. P. 3.* » Præterea *l. 20. eod.* expressam » facit distinctionem inter eum » qui bona fide rem possidet, et » malæ fidei possessorem in casu » quo tempore judicii accepti rem » possidebant, et postea casu for- » tuito fuerit amissa, vel esse » desiit, ut ille ab hac actione » absolvatur; iste vero damnetur » in quantum actor juraverit ta- » xante Judice: quam distinctio- » nem in jure Romano emendi- » cavimus *sup. n. 5. in fine*, ex » *tit. de hær. pet.* et *rei vindic.* » Statuit etiam *eod. l. 20. in fine*, » ut si reus contumax in exhi- » bendo, rei fuerit detentor, pos- » sit Judex, manu militari adhi- » bita, eam ipsi auferre; et in ju- » dicio exhibere: quod non inve- » nimus in hoc argumento apud » Romanas leges; id tamen sta- » tuunt in judicio rei vindicatio- » nis, *l. 68. de rei vind.*

(1) D. l. 19.
(2) L. 23. eod.
(3) L. 21. eod.

Digitized by Google

LIBER XI.

TITULUS PRIMUS.

DE INTERROGATIONIBUS IN JURE FACIENDIS, ET INTERROGATORIIS ACTIONIBUS (1).

1 Hic titulus *quasi supplementum est præcedentis.*
2 *et* 3 *Interrogationum usus, et quis potest interrogari.*
4 *Respondendi necessitas, et responsionis effectus.*
5 *De eo qui non respondit, vel male respondit.*
6 *Quando interrogatus non cogitur respondere: et quomodo ei succurratur.*
7 *Interrogationes istæ non respiciunt causas principales, sed earum præparatoria.*
8 *In desuetudinem abierunt, quamvis utiles.*
9 *Jus Hispanum.*

1 Meritò *hic* monet Heineccius, totum *hunc librum* miscellaneum esse, et quorundam præcedentium titulorum veluti supplementum. Et sane interrogationes et actiones de quibus in *hoc tit.* quasi extensio seu supplementum sunt actionis ad exhibendum: quia sicut ista actionem directam præparant: et quem usum hæc habet in rei vindicatione, eundem habent illæ in actionibus personalibus, *l. 1. hoc tit.* ut nempe commodius quis agere possit, et ne lites protelentur, vel actiones impediantur (2).

2 Interrogationes istæ in jure seu ante litem contestatam faciendæ, dum actio instituitur seu præparatur; et necessaria erit actori interrogatio quotiens dubitat qua ex parte is cum quo agere velit, hæres sit (3), ne dum ignorat actor qua ex parte adversarius defuncto sit hæres, plus petendo sibi noceat, *d. l. 1.* Non solum autem potest quis interrogari ex quota parte hæres sit, sed etiam simpliciter an sit hæres, *l. 5. eod.* (4), vel ei restituta sit hæreditas, *l. si sine 9. §. 7. eod.* et si valde actoris intersit, etiam an ex testamento vel ab intestato hæres sit, et sive suo nomine; sive nomine ejus quem in potestate habet, *d. l. 9. §. 6.* (5). Ideo autem probavit Prætor hujusmodi interrogationes, quia scie-

(1) Tit. 10. P. 3.
(2) L. 1. d. tit. 10. P. 3.
(3) D. l. 1.
(4) D. l. 1.
(5) D. l. 1.

Digitized by Google

bat, difficile esse ei qui hæredem, bonorumve possessorem convenit, probare, aliquem esse hæredem, bonorumve possessorem, *l. 2. eod.* quia plerumque difficilis probatio est aditæ hæreditatis, *l. 3. eod.* Quinimo potest quis ex rescripto Arcad. et Honor. interrogari, utrum *pro hærede*, an *pro bonorum possessore* possideat, *l. 11. C. de hær. pet.* ut plus vel minus adstringatur præstationibus personalibus, ut monuimus *supra tit. de hær. pet. n. 5.* Hac ratione dici solet, hasce interrogatione nonnunquam locum habere in actionibus in rem, qualis est petitio hæreditatis: ista vero quatenus respicit præstationes personales quodammodo in personam est, atque idcirco mixtam causam habere dicitur, ut monuimus quoque *eod. tit. n. 2.* Melius ergo probabis, etiam acturum in rem his interrogationibus uti posse ex *l. 36. de rei. vind.* (1).

3 Sed et potest quis interrogari, an in potestate habeat eum servum cujus nomine noxali actione agendum est, aut qui damnum dedit, vel quadrupedem quæ pauperiem fecit, *l. 5. l. 7. l. 8. hoc tit.* (2). Item an fundum possideat, et quota ex parte possideat, *l. 20. §. 1. eod.* Similiter, is à quo damni infecti stipulari velimus, valet interrogari, an ejus sint ædes vel locus ex quo damnum timeatur, et pro qua parte, *l. 10. eod.* (3). Atque etiam interdum quis de ætate sua, ut putà an minor sit necne, *l. 11. eod.* et *ibi* Glos. (4). Et generaliter legitime interrogabit actor quotiescumque ejus intersit, quia aliquam actionem in personam instituturus est, et inopia probationum laborat ad probanda præparatoria judicii, vel difficiles ei illæ sunt, *dd. ll. 1. 2.* et *3. eod.*

4 Legitime interrogatus respondere tenetur, sive ab ipso Prætore, sive ab adversario interrogetur, *d. l. 9. §. 1. eod.* hoc tantum interest, quod à Prætore seu Judice nedum ante litis contestationem interrogari quid potest; sed in qualibet parte judicii, vel ubicumque eum æquitas moverit, *l. ubicumque 21. eod.* et *ibi* Gothof. et Anton. Fab. in *Ration.* (5). Sese autem ex sua responsione onerabit, si interrogationi assentiatur, sive verum confitendo, sive mentiendo. Quare si quis, cum hæres non esset, interrogatus responderit ex parte hæredem esse, sic convenietur, atque si ex ea parte hæres esset, *l. 4. l. 11. §. 1.* cum *seq. eod.* quæ duæ leges jungendæ sunt ut secunda primam declaret seu suppleat, cum ambæ desumptæ sint ex *lib. 22. Ulp. ad edictum.* Eodem modo lege Aquilia tenebitur, qui per mendacium responderit, servum qui damnum dedit, suum esse, *l. 8. eod.* Si vero

(1) D. l. 1. tit. 10. P. 3.
(2) D. l. 1.
(3) D. l. 1.
(4) D. l. 1.
(5) D. l. 1.

Digitized by Google

interrogatus respondendo mentitus fuerit, ut se liberaret, in solidum condemnabitur, sive negaverit simpliciter per mendacium se possidere, sive responderit se esse hæredem ex minori parte, ex qua est, *l. 1. §. interdum 15. si quadr. paup. fecisse dicat. d. l. 11. §. 3. hoc tit.* Plane qui justo errore ductus negaverit se esse hæredem, vel responderit se hæredem esse ex minori parte, venia dignus est, *d. l. 11. §. 3.* et *§. 10. eod.* Idem erit dicendum de eo qui ita respondendo culpam duntaxat levem admisit: solum itaque dolus et culpa lata locum huic pœnæ faciunt, *d. l. 11. §. 11.* Si quis autem simpliciter interrogatus hæredem se responderit, nec adjecerit ex qua parte: ex asse respondisse dicendum est, *d. l. 9. §. 5.*

5 In solidum quoque condemnabitur ille qui tacuit, quasi negaverit mentiendo: nam qui omnino non respondit contumax est: hancque contumaciæ pœnam ferre debet, quia Prætorem contemnere videtur, *d. l. 11. §. 4.* (1). Omnino autem non respondisse intelligitur etiam ille qui ad interrogatum non respondit, vel ita obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem, *d. l. 11. §§. 5.* et *7.* (2). Alius vero pro alio respondere non cogitur, *l. 9. §. 3. eod.*

6 Interdum quis interrogatus an hæres sit, non cogitur respondere, si nempe justam causam habuerit: ut putà si controversiam hæreditatis ab alio patiatur, ut D. Hadrianus constituit: ne autem negando se hæredem, præjudicet sibi; aut dicendo se hæredem, illigetur obligationibus hæreditariis, etiam sublata sibi hæreditate, *l. 6. §. 1. eod.* Sed et poterit tempus ad deliberandum impetrare (3): quia sicut defunctorum interest habere successores, ita et viventium, ne præcipitentur dum juste deliberant, *l. 5.* cum *seq. eod.* Ex justa etiam causa sucurritur ei qui confessus est, ut non obligetur: quod ex sententia Celsi probat Ulpian. in *d. l. 11. §. 8.* duo elegantia adducens exempla: I. si filius interrogatus responderit patri suo esse hæredem, ex mox prolato testamento, cujus tabulæ occultæ aut remotæ erant, inventus sit exhæredatus: II. si quis hæredem se responderit, et postea testamentum falsum, vel inofficiosum, vel irritum fuerit pronunciatum. Licebit quoque interrogato responsi pœnitere, si nulla captio ex ejus pœnitentia sit actoris, *d. l. 11. §. ult.* (4).

7 Animadvertere autem oportet, interrogationes istas non respicere principale negotium, sic ut reus ex sua responsione, quasi confessus pro judicato habendus sit; sed tantum ea quæ litem præparant, ut monuimus *supra*

(1) L. 3. tit. 13. P. 3.
(2) D. l. 3.
(3) D. l. 3. l. 1. tit. 15. P. 3.
(2) L. 2. d. tit. 10. P. 3. *et* ibi *Gregor. Lop.* glos. 2.

Digitized by Google

hoc tit. n. 1. atque inde est, quod eas duntaxat sequatur quæstionis sive actionis disquisitio, et non rei condemnatio: neque statim ac quis se hæredem respondet, condemnandus est volenti agere; sed tunc demum cum is probaverit testatorem aliquid ei legasse aut debuisse. Noscuntur itaque ex his responsionibus actiones, quæ in *hujus tit. inscriptione* dicuntur *interrogatoriæ*, et quasi ex contractu veniunt, *d. l. 11. §. 9.*

8 De his interrogationibus dixit Callistratus in *d. l. 1. §. 1. hoc tit.* ejus tempore in desuetudinem abiisse, ideoque minus frequentari: addita ratione: quia nemo cogitur ante judicium de jure suo aliquid respondere; sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt, ea, quæ ab adversa parte expressa fuerint apud Judices. Quare ratio non videtur solida: quia interrogatus non de jure suo, sed de facto duntaxat respondit. Sane utilem et æquum earum usum esse, ex his quæ in toto *hoc tit.* diximus, manifesto apparet.

9 "In Hispania *Partitarum leges* probant interrogationes, quæ apud Romanos in jure fieri dicebantur ante litis contestationem, de quibus in *hoc tit.* agitur, ut in *eod.* novavimus in *margine*: sed has usu non servat, ut jam ex Speculo notavit Greg. Lop. in *pr. tit. 10. P. 3. glos. un.* Unum duntaxat casum in usu habemus, et quidem non infrequenti, traditum in *l. 5. tit. 21. lib. 4. Recop.* quæ creditori chirographario litigaturo permittit, debitorem cogere ut coram Judice recognoscat suumque esse fateatur chirographum à creditore exhibitum, volens ad amputandas lites, ut hujusmodi confessio paratam habeat executionem. Et habemus insuper probatas in *tit. 14. P. 3.* et in *tit. 7. lib. 4. Recop.* alias interrogationes quas *posiciones* vocamus. Ceterum, quia hæ fiunt in judicio post litem contestatam, earumque responsiones, causæ principalis, quam respiciunt, probationes sunt; opportunius putamus tractationem earum in *tit. de probat.* rejicere.

TITULUS SECUNDUS.

DE QUIBUS REBUS AD EUMDEM JUDICEM EATUR.

1, 2 *et* 3. *Recensentur casus in quibus ad eumdem Judicem eundum est.*

1 Palam est pertinere argumentum *hujus tit.* ad partem secundam *tituli de judiciis*, in qua

egimus de competentia fori. Docemur autem *hic*, nonnumquam omnes litigatores ad eundem Judicem ire cogi: cujus doctrinæ duo proponuntur exempla in duabus legibus quibus constat *hic tit.* I. si inter plures *familiæ erciscundæ* agatur, vel *communi dividundo*, aut *finium regundorum*, *l. 1. hoc tit.* II. cum ex pluribus tutoribus unus, quod cæteri non sunt idonei, convenitur: quo postulante omnes ad eumdem Judicem mittuntur, *l. 2. eod.* Prioris exempli tres rationes assignant et explicant Glossa, et Gothof. in *d. l. 1.* continentiam nimirum causæ, quæ dividi prohibetur; quod hæc judicia sunt duplicia; et absurditates quæ alioquin sequærentur, pluribus Judicibus diversæ adjudicantibus. Secundi exempli una sola ejus ratio, continentia causæ, quæ, ut recte definit Westemb. in *hoc tit.* nihil est aliud, quam: *Controversiarum cohærentia et connexio, propter quam commode separari nequeunt; sed coram eodem Judice discutiendæ et terminandæ sunt.*

2 Præter duo laudata exempla, aliud suppeditant *l. 101. C. de jud.* et *l. 13. C. de rei vind.* ortum etiam à continentia causæ, ut nempe coram eodem Judice agendum sit de ejusdem rei possessione et proprietate. Sed et sunt alii casus huc pertinentes, quos in *hoc tit.* collocare Tribonianus potuisset, et in *tit. de liber. cau.* rejecit. I. si plures dominium servi sibi vindicant, dicentes esse communem. II. si alter usumfructum servi, alter proprietatem vindicet. III. si alter dominium vindicet, alter pigneratum sibi dicat, *l. 8. §§. 1. et 2. d. tit. de liber. causa.*

3 Ex dictis patet ad eumdem Judicem eundum esse, quotiens aliàs causæ continentia divideretur. Si igitur apud duos Judices eandem causam tractari contigerit, atque ita ejus continentia dividatur, alter supersedere debebit, actaque sua ad alium mittere, ut cum uotis illius cumulentur, et unicus fiat processus, ut Pragmatici loqui amant. Sex autem casus enumerat cum communi Carlev. *tom. 2. de jud. lib. 1. tit. 2. disp. 2. n. 3.* in quibus ne dividatur causæ continentia actorum cumulationi fit locus, quos placet ad verbum transcribere, utpote clare breviterque *illi* traditos. I. ubi eadem est actio, eadem res petita, idem actor, idemque reus. II. ubi est identitas rei petitæ et litigantium, etiamsi sit diversitas actionis, ut in judiciis petitorio et possessorio. III. ubi est identitas personarum et actionis, etiamsi sit diversitas rei petitæ, ut in judicio actionis tutelæ et negotiorum. IV. ubi est identitas actionis, quæ ex uno eodemque fonte procedit contra plures, quamvis sit diversitas personarum et rei petitæ, ut in judicio actionis tutelæ contra plures tutores, aut quando multi sunt debitores uni creditori alicujus quantitatis ratione unius obligationis. V. ubi eadem est actio et eadem res petita, licet personæ sint diversæ, ut in duplicibus judiciis finium regundo-

Digitized by Google

rum, familiæ erciscundæ, communi dividundo. VI. quando judicia se habent ut genus et species: quo referendum judicium concursus creditorum, quod ad se trahit judicia singularia debitorum, ut ostendit Salgad. in *Labery. cred. part. 1. cap. 4. §. 3.* Casus quintus memoratur ut modo vidimus in *l. 2. hoc tit.* quartus in *l. 2. eod.* et secundus in *l. 10. C. de jud.* Vide, si placet, Parlador. *l. 2. rer. quotidian. cap. 9.*

TITULUS TERTIUS.

DE SERVO CORRUPTO.

Cod. lib. 6. tit. 2. (1).

1 *Quid sit actio servi corrupti et quibus detur.*
2 *Quis teneatur hac actione.*
3 *Hæc actio licet prætoria perpetua est, et in duplum datur.*

1 Qui servis nostris in suis corporibus damnum dederit, tenetur nobis actione legis Aquiliæ, de qua Tribonianus egit in *tit. 2. lib. 9.* qui vero eorum animum corruperit, *servi corrupti* actione. Ea est: *Actio competens domino servi corrupti, illiusque hæredibus contra eum qui servum alienum corrupit.* Datur itaque hæc actio nedum servi corrupti dominio (2), sed etiam ejus hæredibus, non solum si manserit servus in hæreditate; sed etsi exierit, forte legatus, *l. 8. hoc tit.* quod ultimum ideo videtur obtinere, quia hæc actio refertur ad tempus servi corrupti, non ad præsens: atque idcirco quamvis servus decesserit, vel alienatus sit, vel manumissus, nihilominus locum habebit, *l. 5. §. 4. eod.* Fructuario utilis actio tribuitur, *l. 9. §. 1. eod.* atque etiam patri ob corruptos filii mores, officio Judicis æstimandæ: quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi, *l. 14. §. 7. eod.* (3).

2 Ista actione tenetur quicumque servum alienum corrupit dolo malo seu calliditate: non aliàs, *l. 1. l. 3. eod.* id est, qui eum dolo malo recepit, vel quid ei persuasit quo eum deteriorem faceret, *l. 1. in pr.* et *§. 3. eod.* Recipere dolo malo intelligitur ille qui refugium abscondendi causa servo præstat vel in suo agro, vel in alieno loco, *d. l. 1. §. 2.* Quare si quis ut domino custodiret, recepit, vel humanitate, vel misericordia ductus, vel alia adprobata atque justa

(1) L. 29. tit. P. 7.
(2) D. l. 29.
(3) D. l. 19.

ratione non tenebitur, *l. 5. eod.* Corrupisse autem videtur et hac tenetur actione non solum qui suadendo bonum servum fecit malum, sed etiam qui malum fecit deteriorem (1). Imo et si cum servus omnino erat fugiturus, vel furtum facturus, hujus propositi laudator extitisti, teneberis: quia non oportet laudando augere malitiam, *d. l. 1. §. 4.* (2). Sed et voluit Justinian. in sua constitutione, *l. 20. C. de furt.* ut quamvis servus deterior non fiat in casu *ibi* et in *§. 8. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* proposito, teneatur et furti et simul hac actione pravus sollicitator qui illum facere furem sollicitaverat.

3 Licet hæc actio prætoria sit, *l. 1. hoc tit.* perpetua tamen est, et non temporaria, *l. 13. eod.* id est, non finitur anno ut regulariter accidit in prætoriis, quæ pœnales sunt vel mixtæ, sed 30. annos durat: quæ autem ita vivunt abusive appellantur perpetuæ, ut monuimus in *Inst. in pr. de perp. et temp. act.* Et in duplum est etiam adversus fatentem, *l. 5. §. 2. hoc tit. §. 26. Inst. de act.* quod duplum non est mere pœnale, sed mixtum, *l. 14. §. 5. hoc tit.* In hoc duplo ineundo non modo æstimatur quanti minoris factus sit ipse servus, seu id quo vilior factus; sed venit etiam æstimatio rerum quas servus secum abstulit: quia omne damnum duplatur (3). Neque interest, ad corruptorem perlatæ fuerint, an ad alium, sive etiam consumptæ sint *l. 9. §. ult.* cum *l. seq. eod. §. 23. Inst. de act.*

TITULUS QUARTUS.

DE FUGITIVIS (4).

1 *Quis dicitur servus fugitivus, et quis error.*

2 *Plures leges statutas esse de servis fugitivis, remissive.*

1 Quia etiam servum corrumpit qui ei fugam suadet; et qui fugientem abscondendi causa recipit, ut *tit. præced.* vidimus; sequitur nunc *tit. iste* de servis fugitivis. Servum fugitivum appellamus illum: *Qui extra domini domum fugæ causa, quo se à domino celaret, mansit, l. quis sit 17. de ædil. edict.* in cujus §. 1. alia similis definitio traditur; et in §§. *seqq. ejusd. l.* quæ nimis est longa, plurimi recensentur casus in quibus deciditur

(1) D. l. 29. tit. 14. P. 7.
(2) D. l. 29.
(3) D. l. 29.
(4) L. 23. *et* seqq. d. tit. 14. P. 7.

an servus existimandus sit fugitivus, necne. Error proprie fugitivus non est, nam ita appellatur. *Qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur, et temporibus in res nugatorias consumptis, serius domum redit, d. l. 17. §. 14.* Cæterum quia in *eod. §. 14.* legimus, Labeonem definisse, *erronem* pusillum fugitivum esse: et ex diverso *fugitivum* magnum erronem esse; id forte in causa fuit, ut per fugitivum etiam erro intelligatur, *l. 1. §. 5. hoc tit.*

2 Pro impediendis servorum fugis, plures leges tulerunt Romani de ipsis inquirendis, et in ipsos fugitivos, vel eos qui illos celabant, admittebant in suos saltus, agrosve, aut protegebant, aut prohibebant illos quæri; necnon contra Magistratus qui inquirentes non adjuvarent: quarum, et pœnarum in singulis statutarum, in *hoc tit.* fit recensus quasque probavere *Partitæ 7. leges* modo in *margine* laudatæ: quam vero superfluum foret eas *hic* sigilatim memorare, nemo non videt.

TITULUS QUINTUS.

DE ALEATORIBUS.

Cod. lib. 3. tit. 43. (1).

1 *et* 2 *Aleatorum pœnæ, et ludi aleæ prohibitiones.*
3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, *et* 11 *Quid de ludis et lusoribus statutum sit in Hispania.*

1 Quod servus corrumpatur cum Aleator fit, occasio forte Triboniano fuit, ut vellet de Aleatoribus *hic* tractare, nobisque ostendere quantam curam Prætor impendat in aleæ ludum eliminandum: qui nihil est aliud quam: *Ludus fortunæ, sive in quo fortuna prædominatur.* Imprimis itaque judicium, seu actionem omnem denegat, si quis eum apud quem alea lusum est, verberaverit, damnumve ei dederit: sive quid eo tempore domo ejus subtractum erit, *l. 1. in pr.* et *§. 3. hoc. tit.* quæ actionis denegatio susceptorem ludi duntaxat respicit, non collusores: nam qui ex iis rapinam passi fuerint, *vi bonorum raptorum* actionem habebunt: quamvis et indigni videantur, *d. l. 1. §. 1.* Nec quod susceptoribus omnis actio denegatur, oberit quominus ubi crimen adversus eos fuerit perpetratum, possit Magistratus ex officio auctores delicti punire, ut recte existimat Westemb. *hoc tit. n. 13.*

(1) L. 6. tit. 14. P. 7. tit. 7. lib. 8. Recop. et tit. 7. lib. 8. senat.

arg. *l. 1. de offic. Præt. ut.* In eum vero qui aleæ ludendæ causa vim intulerit, ita vult animadverti, ut aut multa multetur; aut in lautumias seu carcerem, vel vincula publica ducatur, *d. l. 1. in pr.* et §. 4. quod locum obtinet nedum in illo qui alium ab initio ad ludum cogit, sed etiam in victis qui victores retinent, *l. 2. eod.* Victoribus tamen tantum abest ut actio detur ad exigendum quod fuerint lucrati, ut ejus, quod amissum et solutum est, victo tribuatur repetitio, *l. ult.* §§. 1. et 2. *eod.* Licet autem sponsiones speciem aleæ contineant, eas leges Titia, Publicia et Cornelia permiserunt in ludis permissis qui virtutis seu fortitudinis exercendæ causa fiunt: non in aliis ubi pro virtute non fit certamen, *l. 2. §. 1.* cum *l. seq. eod.*

2 Præter modo laudatas pœnas alias Justinianus statuit in suis constitutionibus quæ extant in *ll. 1.* et *ult. C. hoc tit.* Fatetur quidem Imper. in *d. l. ult.* alearum ludum antiquam rem esse, et militibus olim concessum, ne scilicet otio torperent, ut in *ead. l.* Gothof. notat: veruntamen quia pro tempore abiit in lachrymas, perdentibus nonnullis proprias substantias diu noctuque ludendo; atque ex hac inordinatione conantibus blasphemare et instrumenta conficere: idcirco subjectorum commodis prospiciens, generali lege decrevit: ut nulli liceat in publicis vel privatis domibus vel locis ludere, neque in genere, neque in specie, et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio; sed solutum reddatur, et competentibus actionibus repetatur ab his qui dederint, vel eorum hæredibus, aut his negligentibus à patre aut defensoribus illius civitatis: vel recipiat Fiscus, non obstante nisi quinquaginta annorum præscriptione. Habentur hæc omnia in *ead. l. ult.* cui addendum ex *d. l. 1.* quod si is qui solverit hæredesve ejus repetere neglexerint, licet cuicumque volenti; et maxime ejus civitatis, in qua id factum est, primati aut defensori, repetere et in opera civitatis expendere: et quod data super aleæ ludo cautio est irrita et condici potest. *Eisdem constitutionibus* permittit Imper. certos ludos *ibi* memoratos, qui gloriæ virtutisve causa exercentur, in quibus etiam in pecuniam ludere olim senatusconsulto permissum, *l. 2. §. 1. hoc tit.* taxationem tamen Justin. fecit in *laud. l. ult. C. hoc tit.* ne divites in his luderent ultra unum solidum, ut si quem vinci contigerit, casum gravem non sustineat.

3 "In Hispania plurimas »habemus leges agentes de ludis »et lusoribus, *legem* nempe 6. »*tit.* 14. *P.* 7. et omnes quæ »extant in *tit.* 7. *lib.* 8. *Recop.* »et in *tit.* etiam 7. *lib.* 8 *senatusc.* Cæterum confusionis vitandæ causa ut facilius innotescant ludorum prohibitiones quæ »servandæ sunt, et pœnæ quibus violatores subjiciunt, omnes sunt redactæ in unam re-

» centiorem, legem latam anno » 1771. quæ in æditione novæ » Recopilationis typis mandata » sequenti anno 1772. *ultima* est » *laudati. tit. 7. lib. 8.* Prohibet » inprimis *lex ista* ludos omnes » sortis, seu fortunæ, eosque in » quibus intervenit invitatio seu » provocatio (*de envite*): quo» rum plurimos nominat, volens » tamen ut æque ad non nomi» natos prohibitio se extendat, » dummodo ejusdem sint naturæ. » Hac prohibitione comprehendi » etiam sortitiones quas *rifas* di» cimus, obscurum non est, cum » ludi sint sortis seu fortunæ. » Præterea prohibitionem quoque » expressam earum habemus in » *l. 12. d. tit. 7. l. 8. Recop.* et » in *senatusc. 1. d. tit. 7. lib. 8.* » in quibus quam noxiæ et injus» tæ sint, earumque pœnæ tra» duntur. Pœnæ in hujus prohibi» tionis violatores statutæ in *d.* » *l. ult* hæ sunt: Si fuerint nobi» les, aut honorati aliquo mune» re publico civili vel militari, » multa 200. ducatorum; si alte» rius conditionis, alicujus tamen » artis seu opificii honesti, duca» torum 50. domini vero domo» rum in quibus ita ludatur, du» plam pœnam, servata eadem » conditionum distinctione, susti» nebunt. Si autem lusores secun» do lapsi fuerint, duplum lau» datæ pœnæ unusquisque solvet; » et si tertio labantur, idem du» plum præstabunt, et insuper à » sui domicilii loco unum annum » exulabunt, et domorum domi» ni duos: atque etiam in hoc » casu si quilibet ex istis in Re» gis sit servitio, vel in notabili » honore seu dignitate constitu» tus, debet Rex ipse certior fie» ri. Et si denique iidem violato» res ita fuerint inopes, ut memo» ratas pecuniarias pœnas solvere » nequeant, pro prima vice in » carcerem includentur diebus 10. » pro secunda 20. et pro tertia » 30. et ulterius in exilium ibunt » per annum, et domorum domi» ni duplam sustinebunt pœnam; » eodem modo ac dictum est » *supra.*

4 » Si evenerit ut violatores » sint vagi, vitioseve tempus in» sumentes, absque officio, præ» diis, aut occupatione, ludo ex » habitu dediti, lusoresve aliis » fraudem facientes (*takures, ga» riteros ó fulleros que cometieren » ó acostumbran cometer dolos ó » fraudes*, ait lex), præter me» moratas pecuniarias pœnas, » etiam ob primum lapsum in » præsidia damnandi, ita ut si » fuerint nobiles in legionibus ibi » perpetuo commorantibus mili» tent 5. annos; sin autem plebeji » per idem temporis spatium in » navalia (*arsenales*) ibunt quæ » pœnæ statim executioni man» dandæ; et in domorum domi» nos ad annos 8. sub eadem dis» tinctione extenduntur.

5 » Quod attinet ad permis» sos ludos, in *cap. 6.* taxata » est quantitas, ut ea quæ enu» merationi inservit (*tanto suelto*), » denarium (*real de vellon*) non » excedat; illa vero quæ in uno » die amitti potest, 30. ducato» rum summam, etiam, in diver» sis concertationibus, si modo

Digitized by Google

» in ipsis interveniat aliquis ex » ipsis lusoribus: *eodemque cap.* » prohibetur, ne in his quidem » ludis sponsiones sint (*tratiesas* » *ó apuestas*) Qui contra statuta » in *hoc cap.* fecerit, plectendus » iisdem pœnis, quas modo retu» limus agentes de ludis prohibi» tis, etiam secundum diversam » personarum classem.

6 » Prohibet quoque *lex nos*» *tra* ludere in munera seu su» pellectilia, aliave bona mobilia » vel inmobilia, atque etiam sub » fide, exprimens ut ludus sub fide » intelligatur ille in quo lusores » utantur lupinis (*tantos ó seña*» *les que no sean dinero contado*). » Prohibitus itaque est ludus om» nis in quo in aliam rem quam » in pecuniam numeratam ludi» tur. Hujus prohibitionis pœnæ, » eædem ac superiorum. Animad» vertendum autem est pro om» nibus relatis prohibitionibus, ut » quod iis neglectis fuerit amis» sum solutioni obnoxium non » est; nec qui lucrantur, suum » illud faciunt: nullaque erunt » quæcumque instrumenta, solu» tiones, contractus, pignora, alia» ve omnia quæ ad amissorum ten» dant exactionem. Illud, ut sin» gulare monendum est, quod si » qui amisserunt, Judicem adie» rint id nunciantes, et soluti » restitutionem petentes, restitu» tionem consequentur, et à pœ» nis, quæ in adversarios suos » locum tantum habebunt, absol» ventur. Si autem ipsi qui amis» sum solverunt, intra dies 8. à » solutione numerados, non pe» tant, cuilibet qui id postulet, » nunciet et probet, tribuetur.

7 » Sed et sunt certæ personæ » quibus specialiter prohibentur » ludi, ut putà Artificibus et Opi» ficibus cujuscumque artis seu o» pificii sibe Magistris, sive Offi» cialibus, sive Tironibus, et cu» juslivet classis Mercenariis: his » etenim omnibus interdictum est » ludere in diebus et horis labo» ri destinatis, id est, ab hora » 6. usque ad meridiem, et à 2. » vespertina usque ad 8. sub pœ» nis supra laudatis si ludi ex » prohibitorum genere fuerint; » sin vero ex permissorum, mul» tam 600. maravedisiorum, pro » prima vice solvent, 1200. pro » secunda, 1800 pro tertia, et » si amplius deliquerint 3000 pro » unaquaque: et si solvere nequi» verint, intra carcerem conclusi » consistent 10. dies pro prima » vice, 20. pro secunda, 30. pro » tertia, et pro unaquaque altera » alios 30.

8 » Loci quoque ratio ludo» rum prohibitioni causam præ» bet. Prohibiti itaque sunt in » cauponis, diversoriis, taberni» cujuscumque potionis, omni» busque domibus publicis etiam » ludi alias permissi: exceptis lu» dis quos dicimus *de Damas*, » *Agedrez*, *Tablas reales* et » *Chaquete*, qui permittuntur in » domibus quas apellamus *de Tru*» *cos*, vel *Villar*: si contra hanc » prohibitionem ludatur, domo» rum domini plectendi pœnis, » quas retulimus *sup. n. 4.*

9 » Pœnæ pecuniariæ in hac » lege statutæ in tres partes æ» quales dividendæ inter Regis

» Camerum, Judicem, et Denuntiatorem, et hoc deficiente, » Apparitores Officialesque Judicis qui reos apprehenderit: denuntiatio autem non aliter admittetur, quam si fiat intra » duos menses, à die quo lusum » est numerandos, et specista sit » probatione (*sumaria*) qua constet hunc terminum non fuisse » elapsum. Si nullus fuerit qui » petat seu denuntiet, Judices » per apprehensionem realem procedent diligenter, caute prudenterque, ut et nocentes punire queant, et vitentur molestiæ vexationesque injustæ. » Procedendi modum tradit ipsa » *l. ult. cap.* 12. cum *seq.*

10 » Illud denique prætereundum non est, *legem istam* omnibus foris privilegiariis derogare, regiæ ordinariæ jurisdictioni subjiciendo omnes qui » contra eam fecerint cujuscumque » que sint foris et si Ecclesiastici hi fuerint, jubet *lex ipsa*, » ut, postquam executæ sint in » bonis temporalibus eorum pœnæ pecuniariæ et restitutiones, » de quibus *supra*, certior fiat » legitime ipsorum Superior seu » Judex de legis transgressione à » suis subditis facta, ut eos secundum sacros canones corrigat.

11 » Quamvis omnes prohibitiones et pœnæ, quas hucusque memoravimus, expressas habeamus in *laudata l. ult. tit.* 7. » *lib.* 8. *Recopil.* edita an. 1771. » atque in ejus *cap.* 15. et *ult.* jubetur, ut ipsa et pœnæ ac dispositiones quas continet, necessario serventur, et exequantur, absque ullo arbitrio seu facultate ad eas interpretandas, » commutandas, aut alterandas: » eas tamen plurimum usu mitigatas videmus.

TITULUS SEXTUS.

SI MENSOR FALSUM MODUM DIXERIT (1).

1 Quid sit actio qua tenetur Mensor qui falsum modum dixit, et cur introducta.
2 Cui competat.
3 et 4 Adversus quos detur.
5 Quid in Hispania monendum.

1 Sive dicas cum Cujacio *hunc tit.* supplere *tit. finium regundorum*, quia in eo judicio Mensores adhibentur non tantum *l. 8. fin. reg. l. 1. hoc tit.* sive cum Heinn. pertinere ad *tit.* ubi de damno agitur, quia Mensor falsum modum dicendo damnum dat, per me licet, quia in hoc non sunt positæ opes Græciæ. Damnum ita datum vindicatur actione propria prætoria, quæ sic describi

(1) L. 8. tit. 7. P. 7.

potest: *Actio, quæ ob damnum datum ab Mensore qui falsum modum seu mensuram dixit, competit omnibus quorum interest, eorumque hæredibus, adversus ipsum Mensorem.* Ideo autem hanc actionem Prætor proposuit, quia crediderunt veteres, actionem locati seu conducti hic aptari non posse, existimantes inter talem personam et dominum locationem conductionem non esse; sed magis Mensoris operam beneficii loco præberi, et id quod datur ei, ad remunerationem dari, et inde *honorarium* appellari, ut monuimus in *Inst. tit. de locat. et cond.* in *rubr. n.* 2. ex l. 1. *hoc tit.*

2 Competit hæc actio ei cujus interest falsum modum renunciatum non esse, ut putà emptori vel venditori, cui renunciatio obfuit, *l.* 3. §. 1. *l.* 5. §. 1. *eod.* Si tamen emptor qui propter falsum modum renunciatum plus venditori dederit, vel venditor qui majorem modum seu portionem emptori tradiderit, alia actione possint damnum persequi suumvé consequi, primus scilicet condicendo à venditore quod ei indebite solvit, et secundus agendo contra emptorem actionem ex vendito, actio ista cessabit: quia nullius eorum interest tunc adversus Mensorem agere: locus vero ei erit, si venditor in primo casu et emptor in secundo solvendo non fuerunt, *d. l.* 3. §. 2. cum *seq.* quia si ita evenerit, læsi interest hac uti actione, cum aliæ sint ei inutiles. Hæredi quoque, similibusque personis dari hanc actionem, non est ambigendum; *d. l.* 3. §. 5.

3 Hæc actio dolum malum duntaxat exigit. Visum est enim satis abundeque coerceri Mensorem, si dolus malus conveniatur ejus hominis qui civiliter obligatus non est, sed tantùm ex delicto: proinde securus erit Mensor sive imperite, sive negligenter versatus est, sibique imputare debet qui eum adhibuit. Sed etsi mercedem accepit Mensor, non omnem culpam præstabit, id est, ut DD. interpretantur, nec levem, sed solum latam, quæ dolo comparatur, et quam semper præstat: quod sane singulare est, et non aliam habet rationem, quam quod ea creditur fuisse mens Prætoris qui hanc dedit actionem, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* et vide, si placet, Anton. Fab. in *Rationali d. l.* 1. §. 2. Datur autem contra Mensorem qui falsum modum dixit, *d. l.* 1. non contra hæredem, *d. l.* 3. §. 5. *eod.* quia nempe in dolum concepta est, et hac ratione ex parte rei pœnalis: quæ autem hujus sunt generis, licet ex parte actoris rei persecutoriæ sint, in hæredem non dantur, ut ostendimus in *Instit.* §. 1. *de perpet. et tempor. actionum.* 6.

4 Licet actio ista ab initio data fuit contra Mensores agrorum *d. l.* 1. *hoc tit.* latius eam porrexit Prætor: nam etsi cujus alterius rei mensuram falsam renunciavisse dicetur: hæc actio competit: proinde si in ædifici

mensura fefellit, vel in frumenti vel vini, *l. 5. §. 2. eod.* Plura alia exempla traduntur in *duab. seqq. ll.* Quinimo extensa etiam fuit in eum qui Mensor non fuit, fefellit tamen in modo, ut puta in Architectum et Redemptorem operis, et in Tabularium, qui in computatione fefellit, *l. 7. §§. 2. 3. et 4. eod.* Quia vero initium rei non à circumscriptione, sed à suscepto negotio originem accepit, perpetua est, *l. 4. eod.*

11. "In Hispania cautum etiam habemus *l. 8. tit. 7. P. 7.* Mensorem, qui falsum modum dixerit dolo malo, teneri solvere læsis quantum eorum interfuerit, si hi consequi nequeant ab eis quibus tributum id fuerit: idemque statuit de Computatore qui falsum modum dixerit in rationibus conficiendis, ut jure Romanorum statutum modo vidimus. Addit vero *nostra l. 8.* laudatos qui falsum modum dolo malo dixerint, puniendos quoque esse à Judice pœna quæ ipsi videbitur attentis facti circumstantiis: quod in Romanis legibus non invenimus: Gregor. tamen Lop. in *glos. 6. d. l. 8.* in pœnæ probationem allegat *l. 3. §. 1. stellionat. et l. 1. §. qui in rationibus 4. de leg. Cornel. de fal.* quæ in specie de hoc argumento non loquuntur. Quæ diximus intelligenda sunt de Mensoribus qui falsum modum dixerint non utentes falsis mensuris: nam qui falsis ponderibus vel mensuris utuntur acrioribus pœnis plectuntur statutis in *l. 7. d. tit. 7. P. 7.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE RELIGIOSIS, ET SUMPTIBUS FUNERUM, ET UT FUNUS DUCERE LICEAT.

Cod. lib. 3. tit. 44. (1).

1 *Quid sit locus religiosus, et quæniam requirantur, ut talis fiant, remissive.*

2 *De actione in factum, quæ competit quando illatio mortui jure non fit.*

3 *Quid sint sumptus funeris, et quomodo regendi.*

4, 5, 6 et 7. *De actione funeraria.*

8 *De suo debere quemquam funerari, et quomodo solvendi sumptus.*

9 *De privilegio recuperandi impensum funeris.*

10 et 11. *De tertia* hujus tituli *parte, et interdicto actioneque postea competente.*

12 *Quid jure novissimo constitutum sit in hoc argumento.*

(1) Tit. 13. P. 1.

13, 14, 15 et 16 *Quid monendum de jure Hispano.*

1 *Hic* et *seq. tit.* quibus absolvitur *liber iste*, et secunda *Pandectarum* pars, ad doctrinam de damnis datis pertinent: quia actiones in eis propositæ damna circa loca religiosa et funus data respiciunt. Habet autem *præsens tit.* triplicem partem, ut ex *ejus inscriptione* patet. Quod ad primam attinet, loca scilicet religiosa, plura locuti sumus in *Instit. §. 9. de rer. div. et adq. ipsar. dom.* ubi exposuimus quisnam locus dicatur religiosus, et duo requiri ut talis fiat, ut nempe mortuus inferatur in illum, et inferatur ab eo, qui ipsius loci in solidum et pleno jure dominus sit. Sed et diximus quoque ex *l. 8. hoc tit.* non licere domino loci ubi ab alio mortuus illatus est, effodere seu eruere ossa sine decreto Pontificum (1), seu jussu Principis.

2 Quamvis loci dominus mortuum ab alio illatum propria auctoritate eruere nequeat; tamen competit illi actio in factum adversus eum qui intulit, ut aut mortuum tollat, aut loci pretium solvat, *l. 7. eod.* (2), hoc autem solato, locum religiosum fieri non est dubitandum: quæ actio et hæredi et in hæredem datur, et perpetua est, *d. l. 7.* cum rei persecutoria sit. Nec solum domino fundi ejusque hæredi tribuitur, sed etiam ei qui ejusdem loci habet usumfructum, vel aliquam servitutem: quod generaliter ab Ulpiano dictum legimus in *d. l. 8. §. 4.* addita hac ratione: quia jus prohibendi etiam hi habent: quæ ratio nos docet hoc exaudiendum non esse in habente servitutem pro eo casu, quo ipse non minus commode per alium locum servitute uti potest, cum tuno nulla in hoc argumento habeatur ejus ratio, ex doctrina ipsius Ulp. in *l. 2. §. 8. eod.* Quia vero loci pretium ejusdem tantum domino est solvendum, et nunquam fructuario aut habenti servitutem, actionem hi habebunt in id ut corpus illatum tollatur, aut ad id recipiendum in quo minutus fuerit ususfructus, *l. ult. eod.* vel servitus.

3 Secunda *hujus tit.* pars ad funeris sumptus pertinet: qui docente Ulp. in *l. 14. §. funeris 3. hoc tit.* illi sunt: *Qui fiunt ut funus ducatur, sine quibus funus duci non possit*: ut puta, quod impensum in delationem mortui, et in locum in quem mortuus fuerit illatus, *d. §. 3.* Impensa quoque peregre mortui, quæ facta est ut corpus perferretur, funeris est: licet nondum homo funeretur. Idemque est si quid ad corpus custodiendum vel commendandum factum sit, vel vestem collocandam, *d. l. 14. §. impensa 4.* et quid corporis causa antequam sepeliatur consumptum est, *l. 37. eod.* (3). Sumptus isti arbitrantur pro fa-

(1) L. 3. eod.
(2) D. l. 3.
(3) L. 12. tit. 13. P. 1.

cultatibus vel dignitate defuncti, *l. 12. §. 5. eod.* (1): ita tamen ut non oporteat ornamenta cum corporibus condi, *d. l. 14. §. 5. eod.* (2); adeo, ut quamvis voluntas testatoris legem in testamento facit, et nihil est quod magis hominibus debeatur, quam quod ipsa servetur, *l. verbis legis 120. de verb. sign. l. 1. C. de sacros. Eccl.* non adimplenda, sed tanquam inepta rejicienda sit voluntas ejus circa sepulturam, qui ut vestes aliave supervacua in funus impendantur disposuerit, ut eleganter docuit Marcian. ex sententia Papin. in *l. servo alieno 113. §. ult. de legat. 1.* et probat etiam *l. ult. §. 2. de auct. arg. leg.*

4 Quia publice interest ne cadavera insepulta jaceant, *l. sunt personæ 43. hoc tit.* rectissime Prætor actionem propriam et privilegiariam concessit ei qui funeravit ad recuperandos sumptus quos funeris causa fecerit: ne corpora insepulta manerent: neve quis de alieno funeretur, *d. l. 12, §. 2.* cum *seq. eod.* Hæc actio quæ *funeraria* dicitur, et ex bono et æquo oritur, continet duntaxat impensam funeris causa factam, non etiam sumptus cæteros, *d. l. 14. §. hæc. 6. eod.* Sic autem describi poterit: *Actio competens ei qui sumptus in alienum funus fecit, ejusque hæredi adversus eum ad quem ea res pertinet, ejusque hæredem, ad impensas funeris causa factas recuperandas.* Competit itaque ei qui sumptus in funus alienum fecit, si animo scilicet quasi recuperaturus eos fecerit: nam si non hoc animo fecit sed solius pietatis gratia, hæc actio cessabit (3). Perpendendum igitur quo animo sumptus sint facti, atque etiam in iis qui causa pietatis seu misericordiæ fiunt, potest misericordiæ modus distingui: ut si in hoc fuerit misericors vel pius qui funerarit, ut mortuum sepeliret, ne insepultus jaceret; non etiam ut suo sumptu fecerit, hocque Judici liqueat; non debet eum qui convenitur absolvere. Oportet igitur testari quem quo animo funerat, ne postea patiatur quæstionem, *d. l. 14. §. sed interdum 7.*

5 Et quia hæc actio subsidiaria est, cessabit quoque, quotiens quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda: et ideo si familiæ erciscundæ agere possit, funeraria non aget. Plane si familiæ erciscundæ judicio actum jam sit nulla funeris ratione habita, actioni isti erit locus, *d. l. 14. §. Labeo 12.* Eadem ratione hæc actio non dabitur ei qui mandatu alterius funeravit: quia nempe habet mandati actionem, *d. l. 14. §. qui mandatu 15.* Si autem mandatum fuerit nullum, utilem funerariam habebit, *d. §. 15. v. Quod.* Et generaliter etsi aliqua scrupulositas refragetur, poterit Judex quotiescumque æquitas suggesserit, hanc solutius sequens dare actionem istam: cum

(1) D. l. 12.
(2) L. 13. eod. ubi et rationes.
(3) D. l. 12. tit. 13. P. 1.

Digitized by Google

hoc ei ipsius actionis natura indulgeat, *d. l. 14. §. idem Labeo 13.* quo etiam pertinet exemplum traditum in *ead. l. 14. §. si quis 11.*

6. Adversus eum hæc actio datur ad quem ea res pertinet, id est, quem funus facere oportet, eum verò oportet facere, quem decedens elegit: sin autem de hac re defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos hæredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt, *d. l. 12. §. funus 4. eod.* Nihil refert quod hæres hoc factum ratum non habuerit, *d. l. 14. §. si tamen 16.* (1). In patrem quoque cujus in potestate fuerit is cujus funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus, *l. 21. eod.* patris scilicet, cum regulare sit, ut filiofam. neque dignitas neque facultates sint. In patrisfam. autem funere etiam ex dignitate et facultatibus sumptus regendi, sed ipsius defuncti, *d. l. 12. §. 5.* (2) ut si quid immodice factum sit non imputetur, adeo ut nec voluntas testatoris sequenda, si res egrediatur justam sumptus rationem, *d. l. 14. §. hæc actio 6.* Et si in contumeliam hominis locupletis sumptus modicus sit factus, ejus rationem Judex non habebit: nam contumeliam defuncto fecisse videtur, qui ita eum funeravit, *d. l. 14. §. Judicem 10.*

7. Nasci videtur hæc actio ex quasi contractu et æquitate eam dictante, ut diximus *n. 4.* quia qui in funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, *l. 1. hoc tit.* Sicut itaque negotiorum gestor ex quasi contratu obligat dominum negotiorum viventem, ut sumptus quos fecit, sarciat; ita funerans quodammodo obligare censetur defunctum, id est, bona quæ moriens habuit, solutioni sumptuum funeris obnoxia facit. Quare funeraria actio quasi quædam species est actionis negotiorum gestorum, et sub hac inter actiones bonæ fidei eam complexus est Justinian. in §. 28. *Inst. de action.* Non tamen per omnia meram negotiorum gestorum actionem imitatur, sed pinguiorem et uberiorem naturam habet, et facilius sola æquitate dictante admittitur, ut liquet ex dictis *sup. n. 5.* Et cum tendat ad sumptus funeris causa factos recuperandos, palam est rei persecutoriam esse. Cui consequens, ut perpetua sit, et detur hæredi cæterisque successoribus, et in hæredem, *l. si filiusfamilias 31. §. 2. eod.* secundum doctrinam à nobis expositam in *Inst. in pr.* et *§. 1. de perpet. et tempor. act.*

8. De suo expedire mortuos funerari, merito dixit Ulp. in *d. l. 14. §. idem Labeo. 13. hoc tit.* (3). Ordo quo Prætor procedere debet in funerum sumptibus solvendis hic est: ut si quidem pecunia est in hæreditate, ex pecunia solvantur; si non

(1) D. l. 12.
(2) D. l. 12.
(3) L. 12. tit. 13. P. 1.

est, distrahenda sunt ea quæ tempore peritura sunt; quorum retentio hæreditatem oneret; si neque hæc extant, et quid auri argentive fuerit, distrahi aut pignerari debet, ut pecunia expediatur; vel à debitoribus nomina exigenda, si facile exigi possint, *d. l. 12. §. ult.* cum *l. seq. hoc. tit.*

9 Hæc autem impensa funeris adeo privilegiata est, ut omne creditum præcedat, cum bona defuncti solvendo non sunt, *l. pen. eod.* et præferatur funeratis cæteris creditoribus nedum chirographariis, sed etiam hypothecariis, sive tacitam, sive etiam expressam hypothecam habentibus, ut probat *d. l. 14. §. 1.* (1), quatenus funerantes præferet prædiorum dominis pro solutione pensionis seu conductionis certantibus, non solum in illatis et invectis in prædium ab inquilinis, verum etiam à colonis, ut optime considerat Anton. Fab. in *Ration. d. l. pen. hoc tit.* ubi etiam late et solide ostendit potiorem quoque esse causam funeris quam dotis: quod etiam probat Gom. in *l. 30. Fauri.* Quoniam hoc privilegium funerantibus indultum est naturæ humanitatis pietatisque, qua in commodum publicum curant ne cadavera insepulta jaceant, illud habebunt sive sumptum repetant actione funeraria, sive familiæ erciscundæ, vel qua alia, dummodo sumptus funeris causa factus sit, *l. 17. de reb. auct. jud. pos.* Et quia idcirco reale est, ex natura privilegiorum quæ sunt hujus generis, ad hæredes transit; ut ex *l. privilegia 196. de div. reg. jur.* ostendimus in *Inst. §. 6. de jur. nat. gent. et civ. n. 5.*

10 Tertia et ultima *hujus tit.* pars liberam mortuorum delationem protegit. Nam etiam exigente favore sepulturæ et publicæ utilitatis ne corpora jaceant insepulta, Judicis officium est curare, ne corpora aut ossa mortuorum detineantur aut vexentur, neve prohibeatur quominus via publica transferantur, aut quominus sepeliantur *l. 38. hoc tit. l. 3. §. 4. de sepulchr. viol.* Ei autem qui prohibetur, liberum est aut statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri; aut alio inferre, et postea agere in factum actione, per quam consequatur quanti ejus interfuerit prohibitum non esse: in quam computationem cadit etiam loci empti pretium, *l. 9. hoc tit.* in qua ejusdem auctor Cajus miratur, actionem istam neque hæredi, neque in hæredem dari, cum rei persecutoria sit, seu, ut ipse loquitur, pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducatur. Goth. in *hac ead. l.* et Cujac. *lib. 8. observ. cap. 12.* confugiunt quoad hanc *legis* partem ad *l. 20. de legib.* qua docemur, non omnium quæ à majoribus constituta sunt rationem reddi posse.

11 Cæterum non displicet quam Anton. Fab. in *Rational. d. l. 9.* et latius Voet in *tit. seq. n. 1.* assignant: nimirum quia

(1) D. h. 12. (1)

actio hæc similis est actioni injuriarum, quam neque hæredi, neque in hæredem competere, notissimi juris est, §. 1. *Instit. de perp. et temp. act.* Similitudo patet ex *l. 1. §. 6. de injur.* et *l. ult.* cum *auth. seq. C. de sepulchr. viol.* Eam quadantenus turbat quod in *fine nostræ, l. 9. hoc tit.* additur, constare nempe competere perpetuo inter ipsos actionem hanc: cum injuriarum non perpetuam, sed annuam esse, nemo sit qui nesciat, ut vidimus in §. *ult. Instit. de injur.* Cui respondet Voet *ubi sup.* etiam actionem injuriarum, quæ ex lege Cornelia descendit, perpetuam esse, ut monuimus in *d. §. ult. Inst.* ei autem hanc, de qua agimus, comparare intendit: eum vide, si placet. Si tamen volueris dicere cum eodem Fab. *loc. tit.* hanc eandem actionem irregularem esse seu anomalam, tecum ero.

12 Novissimo jure, si creditor obtenu debiti funus prohibet seu detinet, non modo jus crediti amittit, sed etiam tantundem defuncti hæredibus præstare tenetur, et tertiæ bonorum suorum partis publicatione, perpetuaque infamia plectitur, uti is qui, ægroto adhuc superstite quem putat debere sibi, domum ejus ascenderit, et molestus sit ipsi, vel ejus uxori, filiis, aut domui, aut etiam signacula imponere præsumpserit, non prius decreto et officio legali servato, *novel. 60. cap. 1.* unde *auth.* Item. *C. de sepulchr. viol.* (1). Quinimo, motus Justinianus cujusdam crudelitate, qui patrem à sepultura filii sui redeuntem, nomine debiti detinuerat, benignitatem suam extendit statuens in *novel. 115. cap. 5. §. 1.* unde *auth.* Sed neque *eod.* ut nulli penitus licentia sit, aut hæredes, aut parentes, aut liberos, aut conjugem, aut agnatos vel cognatos, aut alios affines ejus, aut fidejussores intra 9. dierum spatium, in quibus videntur lugere, conveniendi aut quocumque modo inquietandi, sive debiti causa quod à defuncto descendit, sive alterius cujusque causæ nomine ad memoratas personas specialiter pertinentis: quæ contrà fuerint facta, invalida esse decernit.

13 "Quod ad HISPANIAM attinet diximus in §. 9. *Inst. de* "*rer. div. et adq. ips. dom.* non "alium locum pro religioso habendum in sensu de quo loquimur, quam consecratum aut "benedictum ab Episcopo; nec "que alibi fidelium corpora sepelire fas esse.

14 "Circa funeris sumptus, "statuit *l. 12. tit. 13. P. 1.* Judicis officium esse eos decernere; si nemo sit qui eos faciat, "et bona defuncti fuerint unde "solvi queant: quod omnino expressum non reperimus in Romanorum legibus: quamvis ita "intelligenda videatur *lex. 12. §. "ult. hoc tit.* idque exigat æquitas "bonique et publicæ utilitatis ratio, quam maxime in hoc argumento attendi vidimus. Si

(1) L. XI. tit. 9. P. 7.

„defuncti bona non appareant, „eum gratis sepeliendum esse, „palam est, atque ita usus ser„vat. Vult quoque *eadem l. 12. „tit. 13. P. 1.* ut solvatur im„pensa funeris ex defuncti bonis „mobilibus, si quæ fuerint, iisque „deficientibus ex immobilibus.

15 „Præterea *lex. 15. et ult. „de tit. Part. 1.* jubet ne funus „detineatur seu impediatur: nec „quidquam de bonis defuncti per „vim capiatur prætextu debiti, „vel alias; atque etiam ne ipsius „defuncti hæredes aut familia „conveniantur intra 9. dies à „funeris die numerandos. Si an„tem creditores timuerint, ip„sos hæredes aut familiam bona „occultaturos seu dilapidaturos, „in crediti præjudicium, permit„tit *lex ipsa*, ut ab eis fidejus„sores exigant. Pœnæ in *eadem* „stabilitæ adversus eos qui con„tra laudatam prohibitionem fe„cerint, sunt: ut actor actione „cadat, et ea omnia quæ per „vim abstuli, restituat; nondum „autem ablata, sed etiam tan„tumdem restituat ille qui ali„quid ceperit prætextu debiti, „quod à defuncto non fuisse de„bitum constiterit.

16 „Animadvertendum vero, „à doctrina ista *laudatæ l. 15.* „aliquantulum esse diversam in „duobus illam quæ traditur in „*l. 13. tit. 9. P. 7.* I. quatenus „hæc statuit plectendum esse pœ„na Judici arbitraria pro quali„tate injuriæ, illum qui funus „debitoris defuncti detinet seu „impedit. II. quia prohibet fi„dejussores exigi ab hæredibus „intra 9. memoratos dies, sub „nullitatis pœna, imitata in hoc „Romanorum jus de quo *sup. „n. 12. v. Quinimo.* Ut hæ di„versitates penitus evanescant, „dicemus ad primam cum Greg. „Lop. in *gl. 2. d. l. 13.* pœnam „arbitrariam procedere quando „criminaliter agitur; stabilitas „vero in *d. l. 15.* dum civiliter. „Quoad secumdam responden„dum videtur, prohibitionem „exigendi fidejussores statutam „in *cit. l. 13.* locum habere dun„taxat, cum nullum apparuerit „creditoris periculum debitum „suum amittendi per ocultatio„nem seu dilapidationem bono„rum defuncti. Et tandem con„tra eos, qui sine mandatu Re„gis aut Judicis competentis do„mum laborantis morbo qui pos„tea ipsi vitam ademit, obten„tu debiti audacter intrant, et „aliquid de ejus bonis capiunt, „statutum habemus in *l. 11. d. „tit. 9. P. 7.* ut si veri credito„res fuerint, et jus crediti amit„tant, et tantundem hæredibus „injuriati solvant; atque insuper „tertiæ bonorum suorum partis „publicatione puniantur, per„petuaque infamia: si vero fue„rint creditores falsi, eandem „bonorum publicationem patian„tur, et cognatis defuncti actio„ne injuriarum teneantur in quan„tum Judici videatur. Simillima „quidem sunt hæc quæ de jure „patrio memoravimus iis quæ de „Romano diximus *n. 12.* Cæte„rum quia nonnihil differunt, „separatim in *notulis* ea *hic* tra„dere, opus fuit.

Digitized by Google

TITULUS OCTAVUS.

DE MORTUO INFERENDO, ET SEPULCHRO ÆDIFICANDO.

1 *De primu parte hujus tituli.*
2 *De parte secunda.*

1 Vim fieri cuiquam quominus inferat mortuum quo ei jus est, ibique sepeliat, vetavit Prætor, interdictum quod appellatur de *mortuo inferendo* concedens ei qui hanc vim patitur, sive uti jure suo prohibetur, *l. 1. hoc tit.* Et quia prohiberi videtur, nedum qui in locum inferre prohibetur, sed etiam qui itinere arcetur, et qui prohibetur uti via aut alia servitute qua sibi ad locum ire jus est, *d. l. 1. §. 1.* et 3. palam est, hoc interdicto coercendum qui peccat contra tertiam *tit. præc.* partem, et huc accommodanda quæ in *d. tit.* diximus *n. 10. cum seq.* Illud vero forte alicui mirandum videbitur, hoc interdicto uti posse nudæ proprietatis dominum, etiam quoad locum purum, et socium in loco communi, cum notum sit, hos invitis fructuario vel socio locum religiosum non facere. Rationem Papin. tradidit in *l. sunt. personæ 43. de relig. et sumpt. fun. Propter publicam*, inquit, *utilitatem, ne insepulta cadavera jaceant, strictam rationem insuper habemus, quæ nonnunquam in ambiguis religionum quæstionibus omitti solet: nam summum esse rationem quæ pro religione facit.* Præterea in hoc interdicto de jure dominii quæritur. Licet autem proprietarius et socius hoc utentes interdicto mortuum sepelire possint, actionem tamen in factum alter socius, et fructuarius in eos habebunt, *l. 6. §. 6. com. div. l. ull. de relig. et sumpt. fun.* sensu quo diximus in *tit. præc. n. 2.* in fructuario, et ad dimidium pretii in socio, nisi tollatur corpus: atque idcirco dixit Glos. in *d. l. 6. §. 6.* aliquid religiositatis habere locum istum, quamvis non possit dici religiosum fieri. *Lex* vero 8. §. 4. *de rel. et sump. fun.* in qua dicitur fructuarium et habentem servitutem posse sepulturam prohibere, ita exaudiri debet, ut contradictio vitetur, ut prohibere possint loci dominum sepelire eo duntaxat effectu, ne locus religiosus fiat; non autem ut interdicto *de mortuo inferendo* obsistant.

2 Prohibet quoque Prætor, ne vim faciamus ei cui invitis nobis jus est mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo ædificare liceat: quia religionis interest monumenta extrui et exornari, *d. l. 1. §. 3. cum seq.* Ædificare

videtur, prohibere etiam is qui prohibet eam materiam convehi, quæ ædificio necessaria sit, vel operi necessarios venire; atque etiam si machinam alligare quis prohibeat, si tamen eo loci prohibeat, qui servitutem debeat. Cæterum si in loco meo libero velis machinam ponere, non tenebor interdicto, *d. l. 1. §. 8.* Intelligitur autem ædificare non solum qui novum opus molitur; verum is quoque qui vult reficere, *d. l. 1. §. 9.* Sed et is qui agit, ut labatur sepulchrum, hoc interdicto tenetur, *eadem. l. 1. §. 10.*

DIGESTI ROMANO-HISPANI

PARS TERTIA.

LIBER XII.

TITULUS PRIMUS.

DE REBUS CREDITIS, SI CERTUM PETETUR, ET DE CONDICTIONE.

Cod. lib. 4. tit. 1. cum seq.

1 *De triplici acceptione hujus nominis* creditum.

2 *De inscriptione* hujus tit. *et qui prohibentur mutuum dare aut accipere.*

1 In hac tertia *Pandectarum* parte, omnia quæ de rebus nominantur collata sunt, ut ipsemet Justinianus monuit in *l. 2. §. 4. C. de vet. jur. enucl.* Appellatio *rei* per se latissima est, quia etiam ea quæ extra patrimonium nostrum sunt, continet, *l. 3. de verb. sign. pr. Instit. de rer. div.* cæterum verbum hoc *rebus* limitatur in *hoc tit.* per sequens *creditis.* Tripliciter autem nomen *creditum* potest accipi: I. latissime, ut comprehendat quidquid nobis debeatur quacumque ex causa, etiam ex delicto, *l. 11. cum seq. de verb. sign.* II. late, ut ad ea omnia

13, 14, 15 et 16 *Quid monendum de jure Hispano.*

1 *Hic* et *seq. tit.* quibus absolvitur *liber iste*, et secunda *Pandectarum* pars, ad doctrinam de damnis datis pertinent: quia actiones in eis propositæ damna circa loca religiosa et funus data respiciunt. Habet autem *præsens tit.* triplicem partem, ut ex *ejus inscriptione* patet. Quod ad primam attinet, loca scilicet religiosa, plura locuti sumus in *Instit.* §. 9. *de rer. div. et adq. ipsar. dom.* ubi exposuimus quisnam locus dicatur religiosus, et duo requiri ut talis fiat, ut nempe mortuus inferatur in illum, et inferatur ab eo, qui ipsius loci in solidum et pleno jure dominus sit. Sed et diximus quoque ex *l. 8. hoc tit.* non licere domino loci ubi ab alio mortuus illatus est, effodere seu eruere ossa sine decreto Pontificum (1), seu jussu Principis.

2 Quamvis loci dominus mortuum ab alio illatum propria auctoritate eruere nequeat; tamen competit illi actio in factum adversus eum qui intulit, ut aut mortuum tollat, aut loci pretium solvat, *l. 7. eod.* (2), hoc autem solato, locum religiosum fieri non est dubitandum: quæ actio et hæredi et in hæredem datur, et perpetua est, *d. l. 7.* cum rei persecutoria sit. Nec solum domino fundi ejusque hæredi tribuitur, sed etiam ei qui ejusdem loci habet usumfructum, vel aliquam servitutem: quod generaliter ab Ulpiano dictum legimus in *d. l. 8.* §. 4. addita hac ratione: quia jus prohibendi etiam hi habent: quæ ratio nos docet hoc exaudiendum non esse in habente servitutem pro eo casu, quo ipse non minus commode per alium locum servitute uti potest, cum tuno nulla in hoc argumento habeatur ejus ratio, ex doctrina ipsius Ulp. in *l. 2.* §. 8. *eod.* Quia vero loci pretium ejusdem tantum domino est solvendum, et nunquam fructuario aut habenti servitutem, actionem hi habebunt in id ut corpus illatum tollatur, aut ad id recipiendum in quo minutus fuerit ususfructus, *l. ult. eod.* vel servitus.

3 Secunda *hujus tit.* pars, ad funeris sumptus pertinet: qui docente Ulp. in *l. 14.* §. *funeris 3. hoc tit.* illi sunt: *Qui funt ut funus ducatur, sine quibus funus duci non possit*: ut puta, quod impensum in delationem mortui, et in locum in quem mortuus fuerit illatus, *d.* §. 3. Impensa quoque peregre mortui, quæ facta est ut corpus perferetur, funeris est: licet nondum homo funeretur. Idemque est si quid ad corpus custodiendum vel commendandum factum sit, vel vestem collocandam, *d. l. 14.* §. *impensa 4.* et quid corporis causa antequam sepeliatur consumptum est, *l. 37. eod.* (3). Sumptus isti arbitrantur pro fa-

(1) L. 3. eod.
(2) D. l. 3.
(3) L. 12. tit. 13. P. 1.

culatibus vel dignitate defuncti, *l. 12. §. 5. eod.* (1): ita tamen ut non oporteat ornamenta cum corporibus condi, *d. l. 14. §. 5. eod.* (2); adeo, ut quamvis voluntas testatoris legem in testamento facit, et nihil est quod magis hominibus debeatur, quam quod ipsa servetur, *l. verbis legis 120. de verb. sign. l. 1. C. de sacros. Eccl.* non adimplenda, sed tanquam inepta rejicienda sit voluntas ejus circa sepulturam, qui ut vestes aliave supervacua in funus impendantur disposuerit, ut eleganter docuit Marcian. ex sententia Papin. in *l. servo alieno 113. §. ult. de legat. 1.* et probat etiam *l. ult. §. 2. de aur. arg. leg.*

4 Quia publice interest ne cadavera insepulta jaceant, *l. sunt personæ 43. hoc tit.* rectissime Prætor actionem propriam et privilegiariam concessit ei qui funeravit ad recuperandos sumptus quos funeris causa fecerit: ne corpora insepulta manerent: neve quis de alieno funeretur, *d. l. 12, §. 2.* cum *seq. eod.* Hæc actio quæ *funeraria* dicitur, et ex bono et æquo oritur, continet duntaxat impensam funeris causa factam, non etiam sumptus cæteros, *d. l. 14. §. hæc. 6. eod.* Sic autem describi poterit: *Actio competens ei qui sumptus in alienum funus fecit, ejusque hæredi adversus eum ad quem ea res pertinet, ejusque hæredem, ad impensas funeris causa factas recuperandas.* Competit itaque ei qui sumptus in funus alienum fecit, si animo scilicet quasi recuperaturus eos fecerit: nam si non hoc animo fecit sed solius pietatis gratia, hæc actio cessabit (3). Perpendendum igitur quo animo sumptus sint facti, atque etiam in iis qui causa pietatis seu misericordiæ fiunt, potest misericordiæ modus distingui: ut si in hoc fuerit misericors vel pius qui funerarit, ut mortuum sepeliret, ne insepultus jaceret; non etiam ut suo sumptu fecerit, hocque Judici liqueat; non debet eum qui convenitur absolvere. Oportet igitur testari quem quo animo funerat, ne postea patiatur quæstionem, *d. l. 14. §. sed interdum 7.*

5 Et quia hæc actio subsidiaria est, cessabit quoque, quotiens quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda: et ideo si familiæ erciscundæ agere possit, funeraria non aget. Plane si familiæ erciscundæ judicio actum jam sit nulla funeris ratione habita, actioni isti erit locus, *d. l. 14. §. Labeo 12.* Eadem ratione hæc actio non dabitur ei qui mandatu alterius funeravit: quia nempe habet mandati actionem, *d. l. 14. §. qui mandatu 15.* Si autem mandatum fuerit nullum, utilem funerariam habebit, *d. §. 15. v. Quod.* Et generaliter etsi aliqua scrupulositas refragetur, poterit Judex quotiescumque æquitas suggesserit, hanc solutius sequens dare actionem istam: cum

(1) D. l. 12.
(2) L. 13. eod. ubi et rationes.
(3) D. l. 12. tit. 13. P. 1.

hoc ei ipsius actionis natura indulgeat, *d. l. 14. §. idem Labeo 13.* quo etiam pertinet exemplum traditum in *ead. l. 14. §. si quis 11.*

6. Adversus eum hæc actio datur ad quem ea res pertinet, id est, quem funus facere oportet, eum verò oportet facere, quem decedens elegit: sin autem de hac re defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos hæredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt, *d. l. 12. §. funus 4. eod.* Nihil refert quod hæres hoc factum ratum non habuerit, *d. l. 14. §. si tamen 16.* (1). In patrem quoque cujus in potestate fuerit is cujus funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus, *l. 21. eod.* patris scilicet, cum regulare sit, ut filiofam. neque dignitas neque facultates sint. In patrisfam. autem funere etiam ex dignitate et facultatibus sumptus regendi, sed ipsius defuncti, *d. l. 12. §. 5.* (2) ut si quid immodice factum sit non imputetur, adeo ut nec voluntas testatoris sequenda, si res egrediatur justam sumptus rationem, *d. l. 14. §. hæc actio 6.* Et si in contumeliam hominis locupletis sumptus modicus sit factus, ejus rationem Judex non habebit: nam contumeliam defuncto fecisse videtur, qui ita eum funeravit, *d. l. 14. §. Judicem 10.*

7. Nasci videtur hæc actio ex quasi contractu et æquitate eam dictante, ut diximus *n. 4.* quia qui in funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, *l. 1. hoc tit.* Sicut itaque negotiorum gestor ex quasi contratu obligat dominum negotiorum viventem, ut sumptus quos fecit, sarciat; ita funerans quodammodo obligare censetur defunctum, id est, bona quæ moriens habuit, solutioni sumptuum funeris obnoxia facit. Quare funeraria actio quasi quædam species est actionis negotiorum gestorum, et sub hac inter actiones bonæ fidei eam complexus est Justinian. in §. 28. *Inst. de action.* Non tamen per omnia meram negotiorum gestorum actionem imitatur, sed pinguiorem et uberiorem naturam habet, et facilius sola æquitate dictante admittitur, ut liquet ex dictis *sup. n. 5.* Et cum tendat ad sumptus funeris causa factos recuperandos, palam est rei persecutoriam esse. Cui consequens, ut perpetua sit, et detur hæredi cæterisque successoribus, et in hæredem, *l. si filiusfamilias 31. §. 2. eod.* secundum doctrinam à nobis expositam in *Inst. in pr.* et *§. 1. de perpet. et tempor. act.*

8. De suo expedire mortuos funerari, merito dixit Ulp. in *d. l. 14. §. idem Labeo. 13. hoc tit.* (3). Ordo quo Prætor procedere debet in funerum sumptibus solvendis hic est: ut si quidem pecunia est in hæreditate, ex pecunia solvantur; si non

(1) D. l. 12.
(2) D. l. 12.
(3) L. 12. tit. 13. P. 1.

est, distrahenda sunt ea quæ tempore peritura sunt; quorum retentio hæreditatem oneret; si neque hæc extant, et quid auri argentive fuerit, distrahi aut pignerari debet, ut pecunia expediatur; vel à debitoribus nomina exigenda, si facile exigi possint, *d. l. 12. §. ult.* cum *l. seq. hoc. tit.*

9 Hæc autem impensa funeris adeo privilegiatia est, ut omne creditum præcedat, cum bona defuncti solvendo non sunt, *l. pen. eod.* et præferatur funeranis cæteris creditoribus nedum chirographariis, sed etiam hypothecariis, sive tacitam, sive etiam expressam hypothecam habentibus, ut probat *d. l. 14. §. 1.* (1), quatenus funerantes præferet prædiorum dominis pro solutione pensionis seu conductionis certantibus, non solum in illatis et invectis in prædium ab inquilinis, verum etiam à colonis, ut optime considerat Anton. Fab. in *Ration. d. l. pen. hoc tit.* ubi etiam late et solide ostendit potiorem quoque esse causam funeris quam dotis: quod etiam probat Gom. in *l. 30. Tauri.* Quoniam hoc privilegium funerantibus indultum est naturæ humanitatis pietatisque, qua in commodum publicum curant ne cadavera insepulta jaceant, illud habebunt sive sumptum repetant actione funeraria, sive familiæ erciscundæ, vel qua alia, dummodo sumptus funeris causa factus sit, *l. 17. de rob. auct. jud. pos.* Et quia idcirco reale est, ex natura privilegiorum quæ sunt hujus generis, ad hæredes transit, ut ex *l. privilegia 196. de div. reg. jur.* ostendimus in *Inst. §. 6. de jur. nat. gent. et civ. n. 5.*

10 Tertia et ultima *hujus tit.* pars liberam mortuorum delationem protegit. Nam etiam exigente favore sepulturæ et publicæ utilitatis ne corpora jaceant insepulta, Judicis officium est curare, ne corpora aut ossa mortuorum detineantur aut vexentur, neve prohibeatur quominus via publica transferantur, aut quominus sepeliantur *l. 38. hoc tit. l. 3. §. 4. de sepulchr. viol.* Ei autem qui prohibetur, liberum est aut statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri; aut alio inferre, et postea agere in factum actione, per quam consequatur quanti ejus interfuerit prohibitum non esse: in quam computationem cadit etiam loci empti pretium, *l. 9. hoc tit.* in qua ejusdem auctor Cajus miratur, actionem istam neque hæredi, neque in hæredem dari, cum rei persecutoria sit, seu, ut ipse loquitur, pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducatur. Goth. in *hac ead. l.* et Cujac. *lib. 8. observ. cap. 12.* confugiunt quoad hanc *legis* partem ad *l. 20. de legib.* qua docemur, non omnium quæ à majoribus constituta sunt rationem reddi posse.

11 Cæterum non displicet quam Anton. Fab. in *Rational. d. l. 9.* et latius Voet in *tit. seq. n. 1.* assignant: nimirum quia

(1) D. l. 12.

actio hæc similis est actioni injuriarum, quam neque hæredi, neque in hæredem competere, notissimi juris est, §. 1. *Instit. de perp. et temp. act.* Similitudo patet ex *l.* 1. §. 6. *de injur.* et *l. ult.* cum *auth. seq. C. de sepulchr. viol.* Eam quadantenus turbat quod in *fine nostræ l.* 9. *hoc tit.* additur, constare nempe competere perpetuo inter ipsos actionem hanc: cum injuriarum non perpetuam, sed annuam esse, nemo sit qui nesciat, ut vidimus in §. *ult. Instit. de injur.* Cui respondet Voet *ubi sup.* etiam actionem injuriarum, quæ ex lege Cornelia descendit, perpetuam esse, ut monuimus in *d.* §. *ult. Inst.* ei autem hanc, de qua agimus, comparare intendit: eum vide, si placet. Si tamen volueris dicere cum eodem Fab. *loc. tit.* hanc eandem actionem irregularem esse seu anomalam, tecum ero.

12 Novissimo jure, si creditor obtenu debiti funus prohibet seu detinet, non modo jus crediti amittit, sed etiam tantundem defuncti hæredibus præstare tenetur, et tertiæ bonorum suorum partis publicatione, perpetuaque infamia plectitur; uti is qui, ægroto adhuc superstite quem putat debere sibi, domum ejus ascenderit, et molestus sit ipsi, vel ejus uxori, filiis, aut domui, aut etiam signacula imponere præsumpserit, non prius decreto et officio legali servato, *novel.* 60. *cap.* 1. unde *auth.* Item *C. de sepulchr. viol.* (1). Quinimo, motus Justinianus cujusdam crudelitate, qui patrem à sepultura filii sui redeuntem, nomine debiti detinuerat, benignitatem suam extendit statuens in *novel.* 115. *cap.* 5. §. 1. unde *auth.* Sed neque *eod.* ut nulli penitus licentia sit, aut hæredes, aut parentes, aut liberos, aut conjugem, aut agnatos vel cognatos, aut alios affines ejus, aut fidejussores intra 9. dierum spatium, in quibus videntur lugere, conveniendi aut quocunque modo inquietandi, sive debiti causa quod à defuncto descendit, sive alterius cujusque causæ nomine ad memoratas personas specialiter pertinentis: quæ contrà fuerint facta, invalida esse decernit.

13 "Quod ad HISPANIAM attinet diximus in §. 2. *Inst. de* »*rer. div. et adq. ips. dom.* non »alium locum pro religioso habendum in sensu de quo loquimur, quam consecratum aut »benedictum ab Episcopo; nec»que alibi fidelium corpora ser»pelire fas esse.

14 »Circa funeris sumptus, »statuit *l.* 12. *tit.* 13. *P.* 1. Ju»dicis officium esse eos decernere, si nemo sit qui eos faciat, »et bona defuncti fuerint unde »solvi queant: quod omnino ex»pressum non reperimus in Ro»manorum legibus: quamvis ita »intelligenda videatur *lex* 12. §. »*ult. hoc tit.* idque exigat æqui»bonique et publicæ utilitatis ra»tio, quam maxime in hoc ar»gumento attendi vidimus. Si

(1) L. 11. tit. 9. P. 7.

» defuncti bona non appareant, » eum gratis sepeliendum esse, » palam est, atque ita usus ser- » vat. Vult quoque *eadem l. 12.* » *tit. 13. P. 1.* ut solvatur im- » pensa funeris ex defuncti bonis » mobilibus, si quæ fuerint, iisque » deficientibus ex immobilibus.

15. » Præterea *lex. 15. et ult.* » *de tit. Part. 1.* jubet ne funus » detineatur seu impediatur: nec » quidquam de bonis defuncti per » vim capiatur prætextu debiti, » vel alias; atque etiam ne ipsius » defuncti hæredes aut familia » conveniantur intra 9. dies à » funeris die numerandos. Si an- » tem creditores timuerint, ip- » sos hæredes aut familiam bona » occultaturos seu dilapidaturos, » in crediti præjudicium, permit- » tit *lex ipsa*, ut ab eis fidejus- » sores exigant. Pœnæ in *eadem* » stabilitæ adversus eos qui con- » tra laudatam prohibitionem fe- » cerint, sunt: ut actor actione » cadat, et ea omnia quæ per » vim abstuli, restituat; nondum » autem ablata, sed etiam tan- » tumdem restituat ille qui ali- » quid ceperit prætextu debiti, » quod à defuncto non fuisse de- » bitum constiterit.

16 » Animadvertendum vero, » à doctrina ista *laudata l. 15.* » aliquantulum esse diversam in » duobus illam quæ traditur in » *l. 13. tit. 9. P. 7.* I. quatenus » hæc statuit plectendum esse pœ- » na Judici arbitraria pro quali- » tate injuriæ, illum qui funus » debitoris defuncti detinet seu » impedit. II. quia prohibet fi- » dejussores exigi ab hæredibus » intra 9. memoratos dies, sub » nullitatis pœna, imitata in hoc » Romanorum jus de quo *sup.* » *n. 12. v. Quinimo.* Ut hæ di- » versitates penitus evanescant, » dicemus ad primam cum Greg. » Lop. in *gl. 2. d. l. 13.* pœnam » arbitrariam procedere quando » criminaliter agitur; stabilitas » vero in *d. l. 15.* dum civiliter. » Quoad secundam respondendum » videtur, prohibitionem » exigendi fidejussores statutam » in *cit. l. 13.* locum habere dun- » taxat, cum nullum apparuerit » creditoris periculum debitum » suum amittendi per ocultatio- » nem seu dilapidationem bono- » rum defuncti. Et tandem con- » tra eos, qui sine mandatu Re- » gis aut Judicis competentis do- » mum laborantis morbo qui pos- » tea ipsi vitam ademit, obten- » tu debiti audacter intrant, et » aliquid de ejus bonis capiunt, » statutum habemus in *l. 11. d.* » *tit. 9. P. 7.* ut si veri credito- » res fuerint, et jus crediti amit- » tant, et tantundem hæredibus » injuriati solvant; atque insuper » tertiæ bonorum suorum partis » publicatione puniantur, per- » petuaque infamia: si vero fue- » rint creditores falsi, eandem » bonorum publicationem patian- » tur, et cognatis defuncti actio- » ne injuriarum teneantur in quan- » tum Judici videatur. Simillima » quidem sunt hæc quæ de jure » patrio memoravimus iis quæ de » Romano diximus *n. 12.* Cæte- » rum quia nonnihil differunt, » separatim in *notulis* ea *hic* tra- » dere, opus fuit.

Digitized by Google

TITULUS OCTAVUS.

DE MORTUO INFERENDO, ET SEPULCHRO ÆDIFICANDO.

1 *De primu parte hujus tituli.*
2 *De parte secunda.*

1 Vim fieri cuiquam quominus inferat mortuum quo ei jus est, ibique sepeliat, vetavit Prætor, interdictum quod appellatur de *mortuo inferendo* concedens ei qui hanc vim patitur, sive uti jure suo prohibetur, *l. 1. hoc tit.* Et quia prohiberi videtur, nedum qui in locum inferre prohibetur, sed etiam qui itinere arcetur, et qui prohibetur uti via aut alia servitute qua sibi ad locum ire jus est, *d. l. 1. §. 1.* et 3. palam est, hoc interdicto coercendum qui peccat contra tertiam *tit. præc.* partem, et huc accommodanda quæ in *d. tit.* diximus *n. 10. cum seq.* Illud vero forte alicui mirandum videbitur, hoc interdicto uti posse nudæ proprietatis dominum, etiam quoad locum purum, et socium in loco communi, cum notum sit, hos invitis fructuario vel socio locum religiosum non facere. Rationem Papin. tradidit in *l. sunt. personæ 43. de relig. et sumpt. fun.* *Propter publicam*, inquit, *utilitatem, ne insepulta cadavera jaceant, strictam rationem insuper habemus, quæ nonnunquam in ambiguis religionum quæstionibus omitti solet: nam summum esse rationem quæ pro religione facit.* Præterea in hoc interdicto de jure dominii quæritur. Licet autem proprietarius et socius hoc utentes interdicto mortuum sepelire possint, actionem tamen in factum alter socius, et fructuarius in eos habebunt, *l. 6. §. 6. com. div. l. ull. de relig. et sumpt. fun.* sensu quo diximus in *tit. præc. n. 2.* in fructuario, et ad dimidium pretii in socio, nisi tollatur corpus: atque idcirco dixit Glos. in *d. l. 6. §. 6.* aliquid religiositatis habere locum istum, quamvis non possit dici religiosum fieri. *Lex* vero 8. §. 4. *de rel. et sump. fun.* in qua dicitur fructuarium et habentem servitutem posse sepulturam prohibere, ita exaudiri debet, ut contradictio vitetur, ut prohibere possint loci dominum sepelire eo duntaxat effectu, ne locus religiosus fiat; non autem ut interdicto *de mortuo inferendo* obsistant.

2 Prohibet quoque Prætor, ne vim faciamus ei cui invitis nobis jus est mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo ædificare liceat; quia religionis interest monumenta extrui et exornari, *d. l. 1. §. 3. cum seq.* Ædificare

videtur, prohibere etiam is qui prohibet eam materiam convehi, quæ ædificio necessaria sit, vel operi necessarios venire; atque etiam si machinam alligare quis prohibeat, si tamen eo loci prohibeat, qui servitutem debeat. Cæterum si in loco meo libero velis machinam ponere, non tenebor interdicto, *d. l. 1. §. 8.* Intelligitur autem ædificare non solum qui novum opus molitur; verum is quoque qui vult reficere, *d. l. 1. §. 9.* Sed et is qui agit, ut labatur sepulchrum, hoc interdicto tenetur, *eadem. l. 1. §. 10.*

DIGESTI ROMANO-HISPANI

PARS TERTIA.

LIBER XII.

TITULUS PRIMUS.

DE REBUS CREDITIS, SI CERTUM PETETUR, ET DE CONDICTIONE.

Cod. lib. 4. tit. 1. cum seq.

1 *De triplici acceptione hujus nominis* creditum.

2 *De inscriptione* hujus tit. *et qui prohibentur mutuum dare aut accipere.*

1 In hac tertia *Pandectarum* parte, omnia quæ de rebus nominantur collata sunt, ut ipsemet Justinianus monuit in *l. 2. §. 4. C. de vet. jur. enucl.* Appellatio *rei* per se latissima est, quia etiam ea quæ extra patrimonium nostrum sunt, continet, *l. 5. de verb. sign. pr. Instit. de rer. div.* cæterum verbum hoc *rebus* limitatur in *hoc tit.* per sequens *creditis.* Tripliciter autem nomen *creditum* potest accipi: I. latissime, ut comprehendat quidquid nobis debeatur quacumque ex causa, etiam ex delicto, *l. 11. cum seq. de verb. sign.* II. late, ut ad ea omnia

referatur quæ debentur nobis ex omnibus contractibus, quos alienam fidem secuti, instituimus, *l. 1. hoc tit.* III. stricte pro solo mutuo: qua ratione dixit Paulus in *l. 2. §. 1. hoc tit.* in cæteris rebus extra eas quæ sunt materia mutui; in creditum nos ire non posse. De credito itaque justa secundam acceptionem dicitur in *d. l. 2. §. 3.* differre à mutuo, qua genus à specie; ut proinde mutuum sit species crediti, quæ tamen generis nomine sæpissime designatur.

2 Laborant quidem Glos. Cujac. Cont. aliique Interpretes in exponendis verbis inscriptionis *hujus tit.* Nonnulli cum Glossa verba *de rebus creditis* generaliter et late accipiunt de omnibus quæ nobis ex contractibus debentur, sive certa sint, sive incerta, ea proinde secernentes à sequentibus *si certum petetur*, hæcque ad mutuum limittant referuntque: cætera *et de condictione* generaliter quoque accipienda existimant, quasi diceretur *de conditione, sive certi, sive incerti.* Contrariam sententiam Cujac. tenet in *parat. hoc tit.* et *lib. 7. observ. cap. 32.* Nos, nullum fructum ex hac quæstione sperari posse existimantes, eam insuper habemus. Illud utique certum est, in *toto hoc tit.* vix quidquam dici extra causam mutui atque idcirco de solo contractu mutui Interpretes illud exponentes loquuntur. Quia vero omnia fere quæ ad hunc contractum pertinent, attigimus jam in *pr. Instit. quib. mod. re contr. obligat.* solum *hic* addimus, quod cum mutuum species alienationis sit, illos et non alios posse mutuum dare, qui possunt alienare, *§. 2. Inst. quib. alien. lic.* Excipiendi tamen qui provincias regunt, quique circa eos sunt, quibus prohibitum principalibus constitutionibus, ne negotientur, mutuamve pecuniam dent, fœnuve exerceant, si temporales fuerint: nam perpetuis hæc licent, *l. principalibus 33.* cum *seq. hoc tit.* Differentiæ rationem tradit Anton. Fab. in *Rational. d. l. 33.*, quia nimirum in temporalibus major ratio prohibendi fuit, ne potestate illa abutantur, quam diuturnam non fore vident: vide eum, si placet, late et accurate loquentem de his prohibitionibus et permissionibus in *laudata l. 33.* Sumere vero mutuam pecuniam fœnebrem, nec Præsidibus seu eis qui ad tempus provincias regunt, prohibetur, *d. l. 34. §. 1. hoc tit.* quamvis mutuam gratuitam nequeant accipere, ut *ibi* ostendit idem Fab. rationem hujus discriminis quoque assignans. Animadvertere etiam libet, civitatem seu quacumque universitatem mutui datione obligari, si pecunia quam Magistratus eam repræsentantes acceperint, in ejus utilitatem sit versa: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, tenebuntur, *l. 27. eod.* Quia de litterarum obligationibus nullus est in *Pandectis* titulus, solent *Pandectarum* Interpretes de eis in *præsenti* agere: quod à nobis jam factum in *proprio Inst. tit.* qui est 21. *libri 3.*

TITULUS SECUNDUS.

DE JUREJURANDO, SIVE VOLUNTARIO, SIVE NECESSARIO, SIVE JUDICIALI.

Cod. lib. 4. tit. 1. (1).

1 *Quid sit jusjurandum: et quod præstatur extra litem, vel litis causa.*

2 *Jusjurandum litis causa maximum est remedium expediendarum litium, et triplex est,* voluntarium, necessarium, *et* judiciale. *et quod hæc duo diversimode accipiuntur ab Interpretibus.*

3 et 4 *De jurejurando necessario, et tribus conditionibus quæ ei locum faciunt.*

5 *Causa est jurejurando* necessario *decisa retractari potest; locus tamen relationi in eo non est.*

6 et 7. *Jusjurandum judiciale quid sit: illud præcedit jusjurandum calumniæ: et de ejus relatione et recusatione.*

8 *In quibus rebus et quibus personis deferri potest.*

9 *Hujus jurisjurandi effectus.*

10 *Causa hoc jurejurando decisa retractari nequit, et cui prosit aut noceat.*

11 *Quando seu quo tempore locus sit jurijurando sive* necessario, *sive* judiciali.

12 *Jus Hispanum in hoc argumento.*

1 Non abs re *titulus iste præcedenti* subjicitur, quia sæpe in causis de *rebus creditis* et *de mutuo*, ob probationum inopiam seu incertitudinem partes ad jusjurandum confugiunt; atque ex eo actio seu condictio quæ *ex jurejurando* dicitur, oritur: et in *Codice* agitur de rebus creditis, et de jurejurando in eodem titulo, qui est 1. *lib. 4.* Est autem jusjurandum seu juramentum; *Affirmatio religiosa fidei faciendæ gratia, qua invocatur Deus ut testimonium det veritati* (2). Præstatur vero vel litis causa, vel extra eam. Extra litem præstatur à Militibus, *l. 11. de testam. milit. l. 2. de veteran.* Advocatis, *l. 14. §. 1. C. de judic.* Judicibus omnibus etiam Compromissariis, *d. l. 14. in pr.* Tutoribus et Curatoribus, *novel. 72. cap. ult.* unde *auth.* Quod generaliter *C. de cur. fur.* Latis causa præstantur juramenta quæ dicimus judicii sistendi causa, *novel. 112. cap. 2.* calumniæ,

(1) Tit. 11. P. 3.

(2) L. 1. tit. 11. P. 3.

§. 1. *Inst. de pœn. tem. litig. titulo C. de jurej. propter calum.* quo etiam quadantenus referri possunt juramenta Advocatorum et Judicum; testimonii, *l. 9. C. de testib.* æstimationis, *tot. tit. seq. de in lit. jur.* et denique litis decidendæ causa: quod juramentum inter litigatores solum vertitur, et *hujus tit.* argumentum est.

1 Hoc litis decidendæ gratia jusjurandum dicitur à Cajo in *l. 1. hoc tit.* (1) maximum remedium expediendarum litium: quatenus per illud vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate Judicis decidunturcontroversiæ. Triplex autem est, ut in *nost. tit. inscriptione* habemus, *voluntarium*, *necessarium*, *judiciale* (2). Et quia de voluntario ex professo egimus in §. 11. *Inst. de action.* duntaxat de duobus reliquis *hic* nobis agendum. Oportet autem animadvertere in initio hujus tractationis, confusionis vitandæ gratia, divisionem hanc in tria membra Triboniani esse, ut monet Cujac. in *parat. hoc tit.* quia nusquam apud Jurisconsultos reperitur expressa. Plane Cajus in *d. l. 1. hoc tit.* duo duntaxat membra fecit, sub ultimo duo posteriora Triboniani complectens. Hinc natum, ut Interpretes diversimode accipiant hæc verba *necessarium*, *judiciale*, putantibus plurimis, illud esse *necessarium*, quod pars parti defert *judiciale* vero quod Judex nullo petente exigit: aliis omnino è converso. Et sane utrumque non improprie *necessarium* dici potest, quia à renuente exigitur, si non referatur; et *judiciale*, quia probante seu jubente Judice. Nos secundum acceptionem sequimur, etsi aliam non improbamus.

3 *Necessarium* itaque jusjurandum illud dicimus: *Quod partibus non petentibus, Judex ipse defert in causis dubiis, l. admonendi 31. hoc tit. l. 3. l. 12. C. de rebus cred. et jurejur.* (3). Cum id contigerit, Judicem ex jurejurando causam decidere oportet, *d. l. 3.* id est, secundum eum qui juraverit, judicare, *d. l. 31.* Ut huic jurijurando sit locus, tres concurrere debent conditiones, nimirum ut causa sit dubia, ut inopia apparent probationum, et ut causa cognita deferatur, *dd. ll.* Et quod ad primam attinet, illæ utique causæ dubiæ censendæ, ubi Judex ob non satis plenas probationes allatas dubius est. An autem idem sit dicendum de illis causis in quibus plenæ et pares utrinque probationes adductæ, ut puta si Mævius instrumento publico docuerit sibi stipulanti centum promisisse Titium Romæ tali die, et Titius instrumento similiter publico probaverit, tota ea die Romæ abfuisse; ut etiam hoc casu possit istud jusjurandum exigi, acriter DD. disputant. Nobis probabilior videtur sententia negans,

(1) L. 12. tit. 11. P. 3.
(2) L. 2. d. tit. 11. P. 3.
(3) D. l. 2.

per ea quibus eam firmat Vinnius *lib. 1. select. quæst. cap. 44.* Contrariam cum pluribus tuetur Donel. *lib. 24. comm. cap. 19.* et quando probationes litigantium inter se pugnant, ut in laudato exemplo, Joann. Voet *hoc tit. n. 28.* rationibus quidem non contemnendis, ut ejus sententiam admodum etiam esse probabilem, fatendum sit.

4 Secunda conditio quæ huic jurijurando locum facit, est probationum inopia, *d. l. 3.* Dicitur autem causa inopiâ probationum laborare quando quædam suppetunt, sed ancipites et minus idoneæ, non quando nullæ: quia nullas adesse non est inopia, sed defectus, ut monet Vinn. in *loc. cit.* ex Cujac. *lib. 22. observ. cap. 28.* et tunc reus absolvendus est: atque idcirco hoc jusjurandum appellant Doctores *supplétorium*, quatenus supplet sive implet probationes non plenas sive actoris, sive rei in exceptione quam objecit. Contrarium obtinet in judiciali jurejurando, quod parti deferri potest à parte quæ nihil probavit, et evincit Vinn. contra plerosque, objectionibus satisfaciens in *d. lib. 1. cap. 42.* Quando vero Judex jusjurandum exigit à reo, contra quem præsumptiones adsunt, ut eo præstito ab illis se purget et exoneret, quod nonnunquam fit *nov. 124. cap. 2.* unde *auth.* Novo jure C. *de pœn. jud. qui mal. jud.* dicitur *purgatorium*. Tertia denique conditio est, ut exigatur causa cognita, *d. l. 3.* id est, ut ei Judex illud deferat, cui deferri ob justas causas æquum ipsis videatur, inspectis et bene examinatis personarum et causæ circumstantiis: non igitur exigendum passim et sine delectu. Anton. Fab. in *suo C. hoc tit. defin. 44.* plurimos recenset casus et causas in quibus ei locus non est: nonnullas etiam causas habes apud Vinn. *d. cap. 44.*

5 Permissum est ut causa ex hoc jurejurando decisa retractari possit, ut putà si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit, *d. l. 31. hoc tit.* (1), et etiam à sententia lata appellari; cum nihil sit quod victo imputari, aut opponi possit, cur denegandum sit appellationis auxilium, *l. ult. §. 1. de appellat. et relatt.* Relationi verum locum hic non esse, palam est (2): quia à parte non defertur, sed à Judice, nec id ejus natura patitur, ut consideranti patebit.

6 *Judiciale* denique jusjurandum illud est: *Quod probante Judice pars parti deferi in judicio, l. jusjurandum 34. §. 4. et 6. l. 37. hoc tit.* (3). Necesse autem est deferenti, ut ipse prius de calumnia juret, si hoc ab adversario exigatur, *d. l. 34. §. 4.* Actionem itaque non habebit, et sibi imputabit qui processit ad delationem jurisjurandi, nec prius

(1) L. 13. tit. 22. P. 3. in fine.
(2) L. 21 tit. 11. P. 3.
(3) D. l. 2. tit. 11. P. 3. vers. *E la tercera.*

de calumnia juravit, similisque erit remittenti, *d. l. 37.* Hoc autem jusjurandum de calumnia æque patrono, atque parentibus remittitur, *d. l. 34. §. 4.* quæ affirmative, ut loquuntur, non negative legenda, substituta repetitaque voce *neque*, pro vocibus *æque* et *atque*, ut communiter Interpretes docent, et late Anton. Fab. in *Ration. d. l. 34. §. 4.* Is cui jusjurandum defertur, solvere aut jurare cogitur, nisi maluerit jusjurandum referre, *d. l. 34. §. 6.* cum *seq.* (1): quia ut ait Paulus in *l. manifestæ 38. eod. Manifestæ turpitudinis et confessioni est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* Et si deferens conditione jurisjurandi per relationem ab adversario sibi oblata non utatur, actio ei non dabitur: cum iniquum sit displicere conditionem jurisjurandi ei qui detulit, *d. l. 34. §. 7.* (2). Sed nec jusjurandum de calumnia referenti deferitur: quia non est ferendus actor, si conditionis jurisjurandi nomine, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi jurari, *d. §. 7.* Hæc autem referendi jusjurandum facultas in jurejurando voluntario locum non habet, *l. 17. hoc tit.* (3): cum enim istud ex sola conventione partium deferatur, nemo jurat nisi is qui vult. Neque relationi locus est, quando qui jusjurandum detulit, facti ignarus est, *l. 34. eod. l. 11. §§. 2. et 3.* cum *duab. ll. seqq. rer. amot.* Monuimus id in *§. ult. Instit. de fideicomm. hær.*

7 Illud vero non est prætereundum, neccessitatem injunctam ei à quo juramentum petitur, quam ex *d. l. 34. §. 6.* cum *seq. eod.* meminimus modo *num. præced. vers. Is cui*, temperatam seu potius expositam esse à Justiniano in *l. generaliter 12. §. 2. C. de reb. cred. et jurej.* qua permittitur quidem illi cui juramentum defertur, illud recusare, ita tamen ut Judex id examinare debeat; ut ei prosit vel noceat recusatio, *d. l. 12. §. 2.* si justa scilicet sit, vel injusta. Justæ autem recusationis causæ plures sunt: I. si deferens talis sit qui potestatem deferendi non habet; quales sunt prodigi, cæterique ei similes qui res de quibus agitur alienare non possunt, *l. 38. §. 1. l. 17. §. 1.* cum *seq. hoc tit.* (4): tutores vero deferre possunt omnibus aliis probationibus deficientibus, *d. l. 35.* (5). II. si deferens prius de calumnia non juraverit, *l. 37. eod.* III. si jusjurandum deferatur de facto alieno, *l. Marcellus 11. §. 2. rer. amotar.* IV. si deferens jusjurandum, eo nondum præstito, illud revocaverit, et postea denuo ad delationem venire velit, *l. 11. C. de reb. cred. et jurej.* (6).

8 Deferri jusjurandum potest in omnibus causis seu actionibus sive in rem, sive in personam,

(1) D. l. 2. *junct.* l. 8. eod.
(2) D. l. 12.
(3) D. l. 2.
(4) L. 3. d. tit. 11.
(5) L. 9. eod.
(6) D. l. 8. tit. 11. P. 3.

sive ordinariis, sive extraordinariis, etiamsi pœnalis sit actio, et famosa, *l. 3. §. 1, hoc tit. l. 12. rer. amot.* Et omnibus personis cujusque sexus, ætatisve sint, etiam pupillis, pubertati scilicet proximis, qui jam aliquem intellectum habent, sed eo effectu ut hoc jusjurandum omnino custodiri debeat adversus illum, qui eo, cum deferret, contentus fuit, non ita ut jurantibus noceat, *l. 26. hoc tit.* (1): quæ doctrina de pupillo volenti jurare intelligenda; nam jurare renuens non cogetur, hocque significare voluit. Ulp. cum in *d. l. 34. §. 2. eod.* dixit, pupillo jusjurandum non deferri.

9 Omnes hujus jurisjurandi sive delati, sive relati, sive præstiti effectus breviter eleganterque complexus est Ulp. in *d. l. 34. §. ult. eod.* inquiens: *Cum res in jusjurandum demissa sit, Judex jurantem absolvit: referentem audiet, et si actor juret, condemnet reum; nolentem jurare reum si solvat absolvit: non solventem condemnat: ex relatione, non jurante actore, absolvit reum.* Atque juxta hanc Ulpiani doctrinam intelligenda est, *lex 27. eod.* in qua Cajus dicit jusjurandum loco solutionis cedere, secuta nimirum sententia Judicis qua jurantem absolvere debet, quasi debitorem qui solvit. Scire autem oportet jurisjurandi remissi eandem vim esse, ac præstiti, *l. 9. §. 1. eod.* (2). Ille vero jusjurandum remittit, qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, ut ex *l. 6. eod.* monuimus in *Inst. §. 11. de act. n. 3.*

10 Adeo liti ex hoc jurejurando decisæ standum est, ut nec sub prætextu perjurii retractari possit, nisi specialiter hoc lege excipiatur, *l. quod si 21. de dolo mal. l. 1. C. de reb. cred. et jurejur.* neque à decisione seu sententia appellari ab eo qui jusjurandum detulit. Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipse facienda procuravit? ut ait Justinianus in *d. l. 12. §. 1. C. eod.* quæ etiam in jurejurando voluntario obtinent, *d. l. 1. d. l. 31. hoc tit.* Si tamen adprobatum fuerit eum qui juravit pejerasse, perjurii pœnam sustinebit, *d. l. 21.* cum *seq. de dol. mal.* A sententia autem super recusatione jurisjurandi, utrum scilicet justa sit necne, appellari potest, *d. l. 12. C. §. 2.* Quod vero legimus in *l. 2. hoc tit.* jusjurandum majorem habere auctoritatem, quam rem judicatam, quoad aliquos effectus exaudiri debet: nam in aliis contra est: utrosque congerit Glos. in *eod. l. 2.* et refert Anton. Fab. in *Rational. ibid.* et sparsi sunt in plurimis *Pandect.* et *Cod. tit.* Soli autem juranti vel jusjurandum deferenti hoc prodet aut nocet, non alteri, *l. 3. §. 3. l. 9. §. ult. hoc tit.* (3): succes-

(1) L. 7. eod.
(2) D. l. 8.
(3) L. 18. tit. 11. P. 3.

Digitized by Google

soribus tamen prodesse vel nocere non est ambigendum; etiamsi in rem successerint; item correis; iisque qui ratione potestatis eadem persona censentur, ut pater, et dominus, *l. 7.* cum *seq. l. 9. §. ult. l. 28.* in *pr. §. 3. l. 23.* cum *duob. seqq. eod.* (1). Sed et jusjurandum rei principalis prodest fidejussori, et è converso, quia in locum solutionis succedit, *d. l. 28. §. 1.* (2).

11 Tandem ut hanc tractationem absolvamus, animadvertere opus est, Justinianum pinguius probationibus indulgendo voluisse in *l. 12. C. de reb. cred. et jurejur.* ut jurijurando sive necessario, sive judiciali locus sit vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, et ut ab ipso Judice detur, non expectata vel ultima definitione, vel provocationis formidine, id est, sententia qua Judex pronunciat jurari, confestim exequenda est, et jusjurandum exigendum, etsi ab illa fuerit appellatum, ob rationem quam ipsemet Justinianus assignat in ipso, *pr. de l. 12.*

12 „In Hispania quoad revocationem sententiæ est jurejurando latæ, statutum est in „*l. 23. tit. 11. P. 3.* ut duntaxat revocari nequeat ob quascumque probationes postea repertas, illa quæ ex jurejurando voluntario fuerit lata: cæteræ possint, ob instrumenta denuo inventa, sive jusjurandum necessarium fuerit, sive judiciale. Casus denique sive effectus in quibus jusjurandum majorem vim habet quam res judicata, et è contrario, sparsos in Romanis legibus, ut monuimus, *sup. n. 10.* collectos habemus in *ll. 15. et 16. d. tit. 11. P. 3.*"

TITULUS TERTIUS.

DE IN LITEM JURANDO.

Cod. lib. 5. tit. 53. (3).

1 *Quid sit jusjurandum in litem: qui possunt illud præstare: et quod, duæ sunt ejus species,* affectionis et veritatis.

2 et 3. *Quid sit jusjurandum* affectionis, *et quando habeat locum.*

4 et 5. *De jurejurando* veritatis.

6 *Jus Hispanum.*

1 Per juramenta de quibus in *tit. præced.* rem aliquam consequi intendimus; at qui in litem jurat, non de re ipsa, sed de ejus æstimatione quærenda laborat. Habet autem locum hoc jusjurandum,

(1) L. 17. eod.
(2) D. l. 17.
(3) Tit. 11. P. 3.

cum reus vel contumacia, vel quia rem dolo aut culpa amisit, eam non restituit petitori, aut non exhibet si actione ad exhibendum conveniatur, *l. 2. hoc tit. l. qui petitorio 36. §. 1. l. 63. de rei vind.* Illud itaque est jusjurandum in litem: *Quod à Judice defertur actori rei quæ in judicium deducta est, æstimandæ causa.* Oportet Judicem defferre illud, quia si alius detulerit, vel eo non delato juratum sit, nullum erit, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Et tantum jurare poterit qui litem suo nomine contestatus est, id est, qui suo nomine agit, *l. 7. eod.* (1). Tutores et curatores, quia vice dominorum sunt, *l. 157. de div. reg. jur.* jurare possunt, sed non cogendi: quod et in adolescentibus obtinet (2): at nec impubes, neque ejus mater admittitur, *l. 4. hoc tit.* Qualis sit res in judicium deducta nihil interest, sive corporalis, sive incorporalis, *l. 7. si serv. vind.* sive mobilis, sive immobilis, *l. 68. de rei vind. l. 16. §. 3. de pign. et hypoth.* Ut autem omnis confusio vitetur, animadvertere libet cum Voet *hoc tit. num. 1. jusjurandum in litem* dupliciter accipi, vel in genere, vel in specie. in genere sumptum prout illud definivimus et capitur in *hujus tit. inscriptione*, sub se continet duas species, quas modo exponemus, et DD. appellant *affectionis* unam, et *veritatis* alteram: in specie vero pro solo *affectionis* jurejurando usurpatur, et alteri speciei opponitur: exempla sunt in *l. 2. §. 1.* in *l. 8.* et *alibi eod.* Eadem diversitas acceptionum observatur in nominibus, *adoptio, cognatio, aliisque.* Nunc hasce duas species seorsum consideremus.

2 *Affectionis* jusjurandum illud dicimus: *Quo jurans secundum suam affectionem rem æstimat.* Permissum itaque est juranti rem ultra ejus pretium æstimare, *l. 1. hoc tit.* imo et in infinitum jurare licet, *l. 4. §. 2. eod.* quod civiliter intelligendum est: quia potest Judex modum jurijurando statuere, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in immensum juretur, *ead. lib. 4. §. 2.* seu ut ait Paulus in *l. 18. de dol. mal.* debet officio Judicis hoc jusjurandum taxatione refrenari. Quinimo et in arbitrio ipsius Judicis est deferre jusjurandum, necne, *d. l. 4. §. 2. l. 5. §. 1. eod.* non utique quando de dolo et contumacia adversarii aperte et liquido constat; sed ubi de eo ambigitur, nec satis liquet, ut probat Vinn. *lib. 1. select. quæst. cap. 45.* Et poterit etiam nonnunquam illud non sequi; sed vel prorsus absolvere, vel minoris condemnare quam juratum est: ut putà ex magna causa, si postea probationes fuerint repertæ, *d. l. 4. §. 3. d. l. 5. §. 2.*

3 Hoc *affectionis* jusjurandum tantum in judicis bonæ fidei et arbitrariis locum habet,

(1) L. 5. d. tit. 11.

(2) D. l. 5.

l. 5. hoc tit. l. 3. §. 2. commod. vel cont. in actione tamen ex empto, licet bonæ fidei sit, cessat, et venditor qui procacia seu contumacia sua rem non tradit, duntaxat condemnatur quanti emptoris interest, *l. 4. C. de act. empt. et vend.* Quod autem in *d. l. 5. §. 4. hoc tit.* dicitur, interdum in litem jurari etiam in actione stricti juris, referimus cum Vinn. in *d. cap. 45.* ad jusjurandum *veritatis*, de quo mox. Præterea solum dolus et contumacia non restituentis vel non exhibentis jurijurando affectionis locum faciunt: non culpa, *d. l. 4. §. 4. hoc tit. l. 2. §. 1. eod.* nisi hæc lata fuerit, *l. 2. C. eod.* quia, ut sæpe ostendimus in *Inst.* dolo comparatur. Sola causa tutelæ excipitur, in qua si tutor inventarium cæteraque instrumenta non proferat, sive dolo, sive etiam culpa levi, adversus ipsum hoc jusjurandum admittitur: cæterum contra hæredem tutoris, duntaxat quando dolo malo reperta in hæreditate non exhibeat, *d. l. 2. l. 4. C. hoc tit.* et *ibi in* Glossa.

4 *Veritatis* jusjurandum in litem negant Vissemb. et Heinn. in *hoc tit.* tum quia jusjurandum in litem, et jusjurandum quanti res est, seu veritatis in pluribus *hujus tit.* legibus opponuntur, ut monuimus *sup. n. 1.* tum etiam quia in jurejurando in litem dicitur posse æstimationem fieri in infinitum, non exclusa tamen taxatione Judicis. Cæterum rationes istæ nihil probant, eisque plene fit satis considerata duntaxat diversitate acceptionum hujus nominis *jusjurandum in litem*, quam *d. n. 1.* expossuimus. Admittimus itaque cum communi DD. sententia, speciem jurisjurandi in litem, quam *veritatis* vocant, sicque explicant; *Jusjurandum quo jurans rem æstimat quanti revera est, seu quanti ipsius interest, l. 2. §. 1. l. 8. l. pen. hoc tit.* quæ omnes hoc jusjurandum probant.

5 Huic *veritatis* jurijurando locus est, quando actori non exhibentur instrumenta, *d. l. pen.* in actione furti, *l. 9. eod.* atque etiam interdum in actione stricti juris, veluti si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit, *l. 5. §. 4. eod.* In nummis quidem depositis non oportet Judicem in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod sua intersit, cum certa sit nummorum æstimatio: nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse, puta quia pecuniam sub pœna debebat, quam solvit, vel sub pignore, quod quia deposita pecunia ei abnegata est, distractum est, *l. 3. eod.* quæ doctrina in omnibus in quibus pecunia numerata debetur, accomodanda est, quia eadem est ratio. Plane regulare est, ut hoc jusjurandum non deferatur, nisi quando Judex ipse rem æstimare nequit, *d. l. 5. §. 4.* quo respicientes Ulp. in *l. 4. §. 4. hoc tit.* et Marcian. in *l. seq. §. 3.* dixerunt, ex culpa jusjurandum non deferri,

sed æstimationem à Judice faciendam. Si igitur à Judice æstimatio ejus quod actoris interest, fieri non possit, ad hoc *veritatis* jusjurandum confugiet actor, et ob solam culpam renuentis restituere vel exhibere, dolo non desiderato: non aliàs: præcedente Judicis taxatione, quam non excedet, *l. 9. C. unde vi.* (1). Generaliter itaque dicendum jurijurando affectionis locum esse quando res non restituitur seu exhibetur dolo aut culpa lata rei: veritatis vero jurijurando, cum reus non restituit seu exibet culpa levi, et Judex rem æstimare nequit, *d. l. 2. §. 1. d. l. 4. §. 4. hoc tit. d. l. 68. de reb. vind.*

6 "In Hispania, *l. 6. tit. 11. P. 3.* aperte probat duas species jurisjurandi in litem, quas *sup.* retulimus, *affectionis* scilicet et *veritatis*, et utrumque non aliter Judicem deferre statuit, quam prius ipse taxaverit quantitatem, intra quam et non ultra jurandum, ut modo in *margine* monuimus. Deinde etiam contra hæredes tutoris concedit jusjurandum *affectionis* quando conveniuntur ex proprio ipsorum facto, nedum ob dolum sed etiam propter culpam: quod contra esse in Romano jure vidimus nuper *n. 3.*

TITULUS QUARTUS.

DE CONDICTIONE CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA.

Cod. lib. 4. tit. 6. (2).

1 *Quid sit condictio* causa data.
2 *Hujus condictionis occasio.*
3 *Recensentur quatuor requisita ut huic condictioni locus fiat.*
4, 5, 6, 7, 8 *et* 9 *Quando ob causam non secutam, locus sit huic condictioni.*
10 *Condictio intra competit hæredi et contra hæredem.*
11 *In hanc condictionem veniant fructus etiam ante litem contestatam percepti, non verò usuræ.*
12 *Jus Hispanum.*

1 Tractationem de condictionibus prosequens Justinianus, voluit de condictione causa data, causa non secuta, agere in *hoc tit.* Nomen *condictio* generaliter sumptum omnes in personam actiones continere; quasdam tamen illud sibi proprium fecisse, diximus in §. 15. *Inst. de act.* Harum una est quæ *hoc tit.* proponitur et appellatur etiam condic-

(1) L. 6. tit. 11. P. 3. (2) L. 43. cum trib. seqq. tit. 14. P. 5. (1)

tio *ob causam dati* in *l. ult. eod.* In *C.* dicitur *ob causam datorum* in *tit. 6. libri 4.* qui *huic* respondet. Sic autem definiri potest: *Actio competens ei qui ob causam expressam, futuram, et honestam, non tamen secutam, dedit ejusque hæredi, contra accipientem ejusque hæredem, ut res data cum omni causa ipsi restituatur.*

2 Huic condictioni occassionem dant contractus innominati *do ut des, do ut facias:* non tamen ex eis nascitur; ut putat Westemberg. *hoc tit. n. 4.* quia incongruum omnino est ut ex contractu nascatur actio quæ ad illum rescindendum tendit. Oritur ergo potius ex quasi contractu. Fingunt etenim et præsumunt leges, illum qui rem accepit ob causam quæ secuta non est, tacite se obligasse extra id quod actum est, ad datum cum omni causa restituendum, ut de indebito soluto diximus in §. 6. *Inst. de obl. quæ quas. ex contr. n. 8.* ex Pompon. in *l. 13. in fin. commod.* et docet Heinn. cum pluribus, *hoc tit. n. 41.* Hinc personalem esse actionem istam facile patet. Quia vero nulla ratione effici potest ut quæ facta sunt, infecta fiant; *l. in bello 12. §. 2. de capt. et postl. rever. l. 31. de div. reg. jur.* contractus *facio ut des, vel facio ut facias* huic condictioni locum non dare, recte monet Westemb. *hoc tit. n. 5.*

3 Ut hæc condictio competat ei qui dedit, requiritur primo, ut causa donandi exprimatur: quia propositum in mente retentum nihil operatur, ut vulgo dici solet, probatque *l. 7. C. hoc tit. et ibi* Glossa: et nulla donandi causa expressa, donatio perfecta seu absoluta intelligitur, quæ repetitioni locum non facit, *l. 6.* cum *seq. eod. l. cujus per errorem 53. de divers. reg. jur.* (1). Debet insuper causa esse *futura*, ut omnes *hujus tit. leges* demonstrant; et quia qui ob causam præteritam dat, repetere nequit, licet falsa sit causa, *l. damus 52. l. 65. §. 2. de cond. indeb.* nisi hæc falsa causa è classe obligatorjarum fuerit; nam si quis ob causam præteritam dederit ex qua se obligatum putabat, condictionem habebit, non quidem hanc de qua loquimur, sed *indebiti*, ut rectè advertit Ant. Fab. in *Rational. d. l. 52.* et videvimus in *d. tit. de cond. indeb.* Requiritur etiam ut causa sit *honesta*, *l. 1. hoc tit.* nam si inhonesta fuerit, non fiet locus huic condictioni, sed ei quæ ob turpem vel injustam causam datur, de qua in *tit. seq.* loquemur. Et tandem requiritur, ut causa ob quam datum est, non sit secuta, *d. l. 1. l. 3. §. 2. eod. et passim* (2).

4 Habebit itaque locum condictio ista, si quatuor memorata requisita concurrerint: non aliàs. Eorum autem quartum seu ultimum diligenter examinandum. Videamus igitur quando causa ita non sit secuta ut condictioni locum faciat. Si non fue-

(1) L. 46. tit. 14. P. 5. (2) D. l. 46.

sit secuta, quia datum accipiens eam præstare noluit, dubium non est, quin condictioni sit locus (1): idemque videtur dicendum, si non præstiterit casu impeditus: ut putà si tibi dedero ut Stichum manumitteres, vel eum mihi traderes, isque fuerit mortuus, *d. l. 3. §. 3. l. ult. hoc tit.* Huic tamen doctrinæ *legibus istis* stabilitæ, aliisque consonæ, contrarius est Paulus in *l. naturalis 5. §. 1. de præscript. verb.* scribens: *Si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præstare debes*: atque id ipsum traditur in *l. pen.* cum *seq. C. hoc tit.* Quare hæc pugna sedanda: quod non uno modo Interpretes tentant.

5 Joannes Voet *hoc tit. n. 4.* cum *seq.* dupliciter eam componit. I. hanc conditionem in duas species partitur, quarum unam appellat *ob causam datorum*, atque de ea intelligit *d. legem 5. §. 1. de præscript. verb.* cum *simil.* alteram *ex capite pœnitentiæ*, et de hac exaudiri vult *dd. ll. 3. §. 3. et ult. hoc tit. et alias similes.* Juxta hanc itaque sententiam, poterit eum qui dedit pœnitere se dedisse, atque ex hoc capite datum repetere, non obstante quocunque casu: de quo nos *infra.* II. distinguit, utrum mora vel culpa illius qui acceperat, in tradendo seu manumittendo Sticho intercessit; vel aliàs ipse distracturus eum non erat; an è contrario neque mora neque culpa fuit, et Stichum distracturus erat, et propter hoc quod acceperat non distraxit: ut in priori exemplo Stichus periculo accipientis sit secundum *laud. ll. 3. et ult. hoc tit.* in posteriori vero ejus qui dedit ex sententia *d. l. 5. de præsc. verb.* Hanc distinctionem probavit etiam Glossa in *d. l. ult. hoc tit.* tanquam omnino consonam *legi si pecuniam 5. §. 2.* cum *seqq. eod.* et etiam æquitas eam commendat: atque idcirco tenenda. Condictioni igitur locus erit, quando culpa aut mora accipienti objici queat; vel etiam his cessantibus, ipse distracturus non erat rem cujus præstationem casus postea contingens impedit. Plane si intendere implementum contractus causam dedit casui, condictio cessabit: exemplum habemus in *d. l. si pecuniam 5. §. ult. in fin.* Nec ab hæredibus Advocati datum Advocato causa advocationis, quam ipse, quia mortuus præstare non potuit, repetetur, ut D. Severus rescripsit *l. 1. §. 13. de ext. cognit.* vel aliàs per eum non stetit quominus præstaret, *l. ult. C. hoc tit.* Vide, si placet, Ant. Fab. late de hoc disserentem in *Ration. tit. locat. cond. l. ex conducto 15. §. item cum 6. et l. qui operas 38.* Idem Fab. in *Ration. d. l. ult. hoc tit.* eandem quoque distinctionem probat, non quoad distractionem Stichi, sed quoad moram seu culpam in eo tradendo vel manumittendo, ubi meritò aliam

(1) L. 44. eod. in fine.

deserit, quam antea fuerat amplexus in *lib. 6. conjectur. cap. 10.* latè loquens de *ead. l. ult.*

6 Laborant quoque Interpretes in exponendo an et quando condictio competat cum causa secuta non est, quia sequi non potuit ab initio, utpote impossibilis sive de facto, sive de jure. Simplicissima autem nobisque solida est sententia Westemb. in *hoc tit. n. 13.* et Perez in *C. eod. tit. n. 7.* aliorumque distinguentium duntaxat, utrum quis dederit sciens, causam quam adjecit esse impossibilem, an ignorans: ut primo casu condictio cesset; in secundo competat: utrumque arg. *l. cujus 53. de div. reg. jur.* quasi id primo donatio pura censenda tanquam consulto sola voluntate simpliciter donandi facta; non ita in secundo. Ad primum casum referenda *lex dictam 8. C. hoc tit.* quæ condictionem negat, et si quæ sunt similes: ad secundum *l. si militem 5. eod.* quæ eam concedit, et auctores habet eosdem Imp. Diocl. et Maxim. ac *laud. l. 8.* Huc etiam manifesto referendæ *lex 3. §. si liber homo 5. hoc tit.* et *l. cum ancillam 6. C. eod.* quia in utraque causa impossibilis manumittendi personam liberam, adjecta proponitur ab ignorante impossibilem esse, dum in *l. 3.* qui dedit et causam adjecit se servum putabat bona fide serviens; et in *l. 6.* ancillam existimabat, quam manumitti volebat. Nihil autem interest an accipiens sciverit necne causam esse impossibilem, *d. l. 3. §. 5. in fine.* Distinctionem aliam quam facit Voet. *hoc tit. n. 7.* inter causam impossibilem natura, et impossibilem jure seu moribus, minime necessariam, et ineptam putamus.

7 Causam non secutam locum condictioni facere *ex capite pœnitentiæ*, id est, licere ei qui dedit pœnitere dati, atque hac sola ratione id per hanc condictionem repetere, fas non est ambigere, *l. 3. §. 2. l. 5. in pr. et §§. seqq.* et fere *hoc tot. tit.* etiamsi accipiens paratus sit causam præstare: dum tamen res ita sit integra ut nullo is damno afficiatur: de quo mox latius, *d. l. 3. in pr. et §. 2.* Quod contra se habet in contractibus nominatis: in quibus nedum contractu ex parte unius consummato; sed etiam perfecto sola conventione, nemini permittitur altero invito recedere, *l. 5. C. de obl. et act. l. 6. C. de rescind. vend.* Discriminis ratio est: quia contractus innominati non ante intelliguntur perfecti quam datum aut factum conventum utrinque præstetur. Quare ex parte ejus qui nihil præstitit, nudum pactum est nullam ei obligationem pariens, qua alium qui dedit, sibi devinctum ullo modo habeat. Quia vero ipse rem accepit, et natura æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem, *l. nam natura 14. de cond. indeb. l. jure naturæ 206. de div. reg. jur.* meritò cogitur eam pœnitenti restituere, si nullum damnum

Digitized by Google

passurus sit, Anton. Fab. *in Rational. hoc tit. l. 3. §. 2.* Donel. *lib. 14. comm. cap. 22.* Gomez *2. resol. cap. 8. n. 4.* Heinn. *de pact. n. 360.* cum communi. Sane ille qui dedit, poterit, si maluerit condictione omissa, accipientem cogere ad implementum contractus innominati (1) per actionem præscriptis verbis, ut ostendimus in *tit. de rer. perm. et de præscr. verb.* quamvis aliud placuerit Anton. Per. in *C. hoc tit. n. 9.* cum *seq.* ductus rationibus quæ nihil probant.

8 Quod modo leviter attigimus, non posse aliter dantem condicere *ex capite pœnitentiæ*, quam si res ita sit integra accipienti, ut nullum hic damnum sit passurus, paululum diligentius examinandum. Cum ista et cæteræ condictiones ab æquitate originem sumpserint, ut ostendit Anton. Fab. in *d. l. 3. §. si liber homo hoc tit.* consultum est accipienti, ut adversus eum non detur cum ipsius detrimento et injuria. Finge igitur, te pecuniam accepisse ut Capuam eas; condictio cessabit, si tua intersit non accepisse ob hanc causam pecuniam, ut putà si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus qui necessarii fuerunt ad profectionem jam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte quam accepisti, erogasse. Sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit; ita tamen, ut indemnitas tibi præstetur ejus quod expendisti, *l. 5. eod.* (2): ita enim fiet, ut nullo damno afficiaris.

9 Tandem ob non secutam causam condictio dabitur, etsi fuerit secuta, non tamen eo modo quo sequi oportebat. Si itaque pecuniam tibi dedit ut Stichum mihi traderes, et tradidisti Stichum, qui non tuus sed alienus erat, repetere à te pecuniam potero, quia non ita eum tradidisti ut meum faceres. Idemque erit, si Stichus tuus est, et pro evictione ejus promittere non vis, *l. ult. hoc. tit.*

10 Condictionem istam etiam hæredi dantis competere expressum habebus in *l. 2. cum seq. C. hoc tit.* et consonum est regulæ docenti actiones rei persecutorias hæredibus dari, quam sæpe meminimus: quod etiam quoad jus pœnitendi obtinet; quia jus istud non ad ulciscendam injuriam, sed ad rei persecutionem pertinet, ut bene probat Voet. *hoc tit. n. 4.* contraria solvens. Ob eandem rationem etiam contra hæredem accipientis datur, *l. 8. C. hoc tit. l. 4. C. de rer. permut.* sed non adversus successorem singularem, *d. l. 4.*

11 Et competit ad rem restituendam cum omni causa, accessionibus, fructibus, atque etiam partubus ancillarum, *l. 7. §. 1. l. 12. hoc tit.* sive fructus percepti fuerint post litis contestationem, sive ante. Ratio hujus est: quia in actionem, qua

(1) L. 3. l. 5. tit. 6. P. 5.

(2) L. 44. tit. 14. P. 5.

Digitized by Google

intendimus consequi quod nostrum fuit, etiam fructus ante litem contestatam veniunt: licet in eam qua consequi volumus quod non fuit nostrum, solum veniant percepti post litis contestationem, secundum distinctionem traditam et exemplis illustratam in *l. videamus 38. §. 1.* cum. *seqq. de usur.* Usuræ autem in nullam conditionem veniunt; ut de condictionibus *indebiti, et ob turpem causam* traditur in *l. 1. C. de cond. indeb. et* in *l. 4. C. de cond. ob. turp. caus.* Vide, si placet, Anton. Fab. latissime et accurate de hoc argumento agentem in *Rational. d. l. 7. §. 1. hoc tit.*

12 "In Hispania expressum "habemus in *ll. 3. et 5. tit. 6. "P. 5.* quas laudavimus *sup. ad "marginem n. 7.* liberum esse ei "qui dedit causa non secuta, vel "datum repetere ab eo qui accepit, vel illum cogere ut ipsi "danti solvat quantum hujus intersit, prout in litem iste juraverit, secundum taxationem à "Judice factam, ut diximus in "*tit. de in lit. jur. n. 6.* Atque "in hoc sensu intelligenda est *lex "43. tit. 14. P. 5. vers. Esponde*, licet videatur concedere "electionem accipienti, ut vel "datum restituat, vel quantum "dantis intersit, ut rectè explicat *hasque leges* conciliat Greg. "Lop. in *glos. 2. d. l. 43.* Quamvis "autem in *d. l. 3. tit. 6. P. 5.* dicatur, juxta juris Romani placita, nuda de dando pacta obligationem non parere, correctum hodie est per famosissimam *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* "quam sæpe laudavimus et explicuimus in *Instit. tit. de inutil. "stipulat. et alibi.*

TITULUS QUINTUS.

DE CONDICTIONE OB TURPEM VEL INJUSTAM CAUSAM.

Cod. lib. 4. tit. 7. et 9. (1).

1 *Quid sit condictio* ob turpem *causam.*

2 *Alii ex quasi contractu, alii ex maleficio seu quasi eam nasci putant.*

3 *Causa potest esse turpis vel ratione solius accipientis, vel solius dantis, vel utriusque: et quod condictio competat, quotiens solius accipientis turpitudo est.*

4 *Cessat quando utriusque est turpitudo.*

5 *Certius cessat condictio quando solius dantis turpitudo est: et quid de promissione ob turpem causam.*

6 *Condictio hæc concurrit cum*

(1) L. 47. tit. 14. P. 5.

Digitized by Google

actionibus bonæ fidei, non vero cum actionibus stricti juris.

7 *Datur hæredi et contra hæredem ad recuperandum datum cum omni causa.*

8 *De condictione ob injustam causam.*

9 *et* 10 *Jus Hispanum de hac condictione.*

1 Proponitur in *hoc tit.* condictio *ob turpem vel injustam causam*, quæ duplex est, seu in duas secatur: quarum prima et frequentior ob causam *turpem* datur; altera ob *injustam*, et utraque plurimum à præcedente differt, ut in progressu apparebit. Condictio igitur quæ *ob turpem causam* dicitur, sic describi potest: *Actio competens ei qui aliquid dedit ob causam turpem quæ ratione solius accipientis turpis est, ejusque hæredi, contra accipientem ejusque hæredem, ad rem datam cum omni causa recuperandum.*

2 Hanc actionem personalem esse ex natura omnium condictionum, dubitare non licet. Utrum vero nascatur ex maleficio seu quasi maleficio accipientis; an vero ex quasi contractu, quasi leges præsumant eum qui rem turpiter accipit, se obligare ad rem danti restituendam, si eam petat, non convenit inter omnes: cæterum hæc quæstio nullam nobis meretur operam, quia nullus ejus fructus, cum in nostra sententia quam probavimus in §. 1. *Inst. de perp. et tempor. act.* etiam actiones rei persecutoriæ quæ ex delicto descendunt; transeat in solidum contra hæredes. Insuper igitur habita hæc quæstione, naturam condictionis nostræ exponamus.

3 Ut huic condictioni sit locus, causa propter quam datur, quæque ei nomen dedit, debet esse turpis, in quo differt à præcedente, cujus causam honestam esse oportere vidimus, atque etiam in eo, quod eam non impedit quod causa turpis conventa secuta sit, *l. 1. §. ult. hoc tit.* Circa turpitudinem tamen causæ animadvertendum est, eam adesse posse vel ex parte solius accipientis, vel solius dantis, vel utriusque, *d. l. 1.* (1). Quotiens solius accipientis turpitudo intervenit, locum condictioni esse, certum est: veluti si tibi dedero, ne sacrilegium vel furtum aut injuriam facias, neve hominem occidas; vel ut rem meam apud te depositam, commodatam, locatam, vel mandatam mihi reddas, *l. 2. in pr. et §. 1. l. 4. §. 2. l. 9. in pr. et §. 1. eod.* (2). Ratio hujus est æquitas, quæ omnes condictiones introduxit et fovet: nam iniquum omnino esset, te locupletiorem fieri retinendo quod tibi dedi ob id quod sponte seu nihil accipiendo facere debueras (3), maxime cum mea jactura, et cum nihil mihi imputari possit, quod vo-

(1) L. 47. tit. 14. P. 5.
(2) D. l. 47.
(3) D. l. 47.

luerim te à flagitiis abstinere.

4 Si non solius accipientis, sed etiam dantis, ac proinde utriusque fuerit turpitudo, condictio cessabit, *l. 3. eod. l. 5. C. eod.* (1); ut putà si Judici dederis ut male judicet, aut quis ob stuprum dederit, vel fur ne proderetur, *d. l. 3. l. 4. in pr. et §. 1. hoc tit.* quo etiam referendus casus propositus in *l. 2. §. ult. eod.* si nempè Judici dedi ut secundum me in bona causa pronuntiet: priorem enim *hujus leg.* partem corrigit secunda, ut censuit Glossa, et probat Anton. Fab. in *Ration.* in *ead. l.* ubi late et bene hanc sententiam probat, et contrariis satisfacit. Ratio cur his casibus condictio cesset, traditur in *l. 8. hoc tit.* et in *l. 2. C. eod.* (2), quia in pari turpitudinis causa potior est conditio possidentis. Quamvis autem in laudatis aliisque similibus casibus, qui dedit condictionem non habeat; fiscus tamen nonnunquam turpe lucrum accipienti tamquam indigno extorquet: exempla habemus de Judice qui accepit in *auth.* Novo jure *C. de pœn. mal. jud.* (3), et de donatis ob causam matrimonii prohibiti in *l. 32. §. ult. de donat. int. vir. et uxor.* (4).

5 Si denique causa ratione solius dantis sit turpis, certius esse condictionem cessare, facillime patet, *l. 4. §. sed quod. 3. hoc tit.* (5) ubi famosum exemplum Ulp. tradit in eo qui meretrici dat, quam repetere posse negat, addita ratione: quia meretrix turpiter facit quod sit meretrix: non turpiter accipit, cum sit meretrix (6). Solum itaque condictio habet locum quando solius accipientis turpitudo est. Quid tamen si ob turpem causam, non datum, sed promissum fuerit? Denegandas esse actiones ex hac stipulatione contra bonos mores interposita responderunt Diocl. et Maxim. in *l. 5. C. eod.* idemque dicitur in *ll. 26. 27. et 123. de verb. obl.* (7). Hoc autem Westemberg. *hoc tit. n. 14.* Voet. *ibid. n. 5.* et communiter DD. intelligunt quoad effectum, volentes ex ea stipulatione summo jure actionem nasci, sed quæ per exceptionem doli mali repelli potest, ex *l. 8. hoc tit. et l. 1. C. eod.* Cujac. vero in *C. hoc tit.* existimat, nullas esse ipso jure hujusmodi promissiones quando constat turpem esse causam promittendi, per *d. l. 5. C. hoc tit. et d. l. 27. de verb. obl.* sin autem dubitetur, ut plerumque accidit, quæ sit causa promittendi, turpis an honesta; tunc agentio opponendum esse exceptionem doli, aut in factum: hoc que generaliter procederet, sive promittentis, sive stipulantis, sive utriusque turpitudo fuerit. Sed cum nihil interesit, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. ex*

(1) L. 51. eod.
(2) L. 53. d. tit. 14 P. 5.
(3) L. 27. tit. 20. P. 3.
(4) L. 51. d. tit. 14. P. 5.
(5) L. 50. eod.
(6) D. l. 53. tit. 14. P. 5.
(7) D. l. 47. eod.

hil interest, inquit div. vir. Ita vix hæ opiniones contrariæ sunt, et etiam primam per secundam explicari potest.

6 Condictio ista quando occasione contractus bonæ fidei datur, cum actione ipsius contractus concurrit, ut puta tibi dedi ut mihi redderes rem quam tibi commodaveram, locaveram, aut apud te deposueram, tecum agere potero vel hac condictione, vel actione horum contractuum, *l. ult. in pr. et §. 1. hoc tit.* et ita quidem ut actione contractus medium petere possim, quod mea intersit propter id quod contractum non adimpletum, sed etiam id ipsum quod debetur optime probat Anton. Fab. in *Rationali ad l. ult.* §. 1. ubi et precedit addit, utilius esse agere actione contractus, quam condictione, propter incertum usuriarum quæ in judiciis bonæ fidei debentur ex mora. Cum actionibus autem stricti juris non concurrit condictio solitum igitur condictionem erit docus, si repetere velim pecuniam quam dedi tibi, ut rem quam ex stipulatu debebas, mihi traderes, *d. l. ult.* §. 1.

7 Hanc condictionem heredi et contra hæredem dari, utpote rei persecutoriam, ambigendum non est, quia hoc impediat quod plures DD. eam ex delicto nasci contendant: cum condictio furtiva etiam adversus hæredem detur, licet ex delicto nascatur, *l. 7. §. 2. de condict. furt.* Sed et certum est competere ad recuperandam rem datam cum omni causa; secundum ea quæ de condictione mandati dicimus in *tit. proxim.* quæ omnia huic etiam condictioni accommodantur, ita quia *ibi* plenè explicitimus, *hic* non repetimus.

8 Secunda condictionis species in *hoc tit.* proposita, data et dicitur *ob injustam causam, l. 6. eod.* De ea agitur in *Cod. lib. 4. tit. 9.* cum de prima agatur *tit. 7.* Solum à præcedenti differt, quia causa quæ ei locum facit nullam specialem turpitudinem continet, jure tamen improbata est, veluti si pecuniam exigisti ex stipulatione quæ per vim extorta esset: quo casu cessante actione *quod metus causa*, quia in exigendo vim non intulisti, hac condictione repetenti tenebris, *l. 7. hoc tit. Lauriet. de his quæ vi metusve caus. gest.* Tandemque tenetur malæ fidei possessor de fructibus perceptis, quos consumpserit, *l. 3. eod. tit.*

9 In Hispania plures et præcipua quidem in *hoc tit.* tradidimus probata sunt illa *Partitarum*, quas in *margine* laudavimus. De eo autem qui Judici dedit ut bene judicet, duas habemus leges quæ primo aspectu videntur contrariæ, *legem* nimirum 27. seu *ultimam tit. 22. P. 3.* et *l. 52. tit. 14. P. 5.* cum illa in *vers. Mas si*, condictionem seu repetitionem ei concedit, innuens turpitudinem tunc esse ex parte accipientis duntaxat: hanc vero in *hac* repetitione deneget. Placet in hac controversia conciliatio Gregor. Lop. in *glos. 4. d. l. 27.* et in *glos. 1. d. l. 52.* videli-

»cuetv repetitionem denegandam, »nisi tantum excepto casu, quo »quis expresse dixerit cum pecu»niam Judici dedit, quod dat »ut juste judicet, seu ut sibi non »faciat injustitiam: quia tunc vi»detur facere causa redimendæ »vexationis, non animo corrum»pendi Judicem, proindeque »quod nulla sit ejus turpitudo, »nullamque mereatur pœnam. Ea»dem est sententia D. Covarr. in »*rub.* Peccatum *de reg. jur. in* »*6. part.* 2. §. 3. ubi optime hoc »argumentum examinat. Pœnas »autem statuas in Judicem qui »pro judicando aliquid accepe»rit, habes in *l.* 26. et *seq. d.* »*tit.* 20. *P.* 3. »Illud quoque animad»vertimus, *legem* 54. seu *tit. d.* »*tit.* 14. *P.* 5. condictionem is»tam concedere ei qui cum in »adulterium, homicidium, fur»tum, aliudve simile delictum »fuerit delapsus, aliquid dedit »ut proderetur, ubi pt ratio red»ditur: quia licet utpiter facie »delinquendo, non tamen turpi»ter fecit dando, ut periculo sue »pœnæ hesse liberaret: in quo *lex* »*visita* 54. contraria est *l.* 4. *in* »*pr.* et §. 1. *hoc tit.* quæ his ca»sibus turpitudinem etiam in dan»te agnoscit, atque idcirco ei »condictionem denegat ut mo»nuimus *sup. n.* 4. actionem ta»men *quod metus causa* eidem »indultam videmus ipsis Roma»norum legibus, *l. hæc timorem* »7. §. 1. *quod met. caus.* vide, »si placet rationem discriminis »apud Gl. in *d. l.* 7. Idem ta»men Greg. Lop. sollicitus sem»per in nostris legibus cum Ro»manis conciliandis, sentat in »*glos. v. d. l.* 54. dici posse, sen»tentiam *d. l.* 4. Romanorum »exaudiendam esse quando ali»quid datur Judici aut Officiali »qui tenetur ad Inquisitionem »criminis: quo casu turpitudo »etiam est dantis, quia illum vult »corrumpere: *nostram* vero *l.* 54. »esse intelligendam quando datur »privato, qui criminis inquisitio»ni non debet incumbere. Inge»niosa utique conciliatio: atqui »non admittere sententiæ *dictæ* »*l.* 54. rationem traditam in *vers.* »*Ea sabida ejusdi.* nobis vide»tur."

TITULUS SEXTUS.

DE CONDICTIONE INDEBITI.

Cod. lib. 4. tit. 5. (1).

1 *Quid sit condictio indebiti.*

2 *De eo qui sciens indebitum accepit.*

3 *Quid dicendum quando res indebite soluta perit, et cujus sit electio, cum ex duabus re-*

bus solutis una est repetenda.

4 *Expenitur regula tradita in l. 51.* hoc tit.

5 *Cui in hoc argumento incumbat onus probandi.*

6 *Quid monendum in Hispania.*

Titulus iste omnium qui de condictionibus agunt, longissimus est, continet enim leges 67. Ceterum, quia omnia fere quæ ad eum spectant, tradita à nobis jam sunt in *Instit.* §. 6. cum *seq. de obl. quæ quasi ex contr. nasc.* est sola, pauca quidem, quæ ibi omissa aut non satis attacta, *hic* trademus. Potest autem ista condictio sic describi: *Actio competens rei qui tanquam debitum solvit quod naturaliter non debebat, vel si naturaliter tantum debebat, per ignorantiam facti solvit, ejusque hæredi, adversus accipientem ejusque hæredem ad repetendam solutum cum omni causa.* Hanc definitionem pro majori et difficiliori parte explicant ea quæ diximus in *Inst. loc. cit.* Quod vero detur etiam hæredi, et contra hæredem, et cum omni causa, eamdem habet rationem, qua id ipsum diximus de condictionibus de quibus egimus in *tit. præcedd.*

Monuimus in *Inst. d.* §. 6. *n. 1. in fin.* nullam, quod hanc condictionem, faciendam esse distinctionem erroris aut scientiæ in accipiente, id est, æque cum teneri sive putaverit sibi deberi quod accepit, sive scierit non deberi. Ratio in utroque casu eadem est: quia nempe ut in *l. 66. hoc tit.* eleganter ait Papinianus: *Hæc condictio ex æquo et bono introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit;* nam sane natura æquum est, neminem cum alterius jactura fieri locupletiorem, *l. 14. eod.* In eo tamen qui sciens acceperit, animadvertendum est, illum hac condictione teneri ei duntaxat qui rei solutæ dominus non est, ipsius tamen interest: ille vero qui dominus fuerit, non hanc, sed furtivam condictionem adversus accipientem habebit: exemplum habemus in *l. quoniam 18. de cond. furt.* quod tale est: procurator meus nummos suos indebitos tibi sciens solvit, ego que ratum habeo. Ratio autem decisionis est, quia cum hoc casu furtum procuratori fiat, consequens est, ut ipse dominus nummorum maneat, et condictionem habeat furtivam; mihi autem hæc dari non potest, quæ soli domino competit: reliquum ergo est, ut indebiti condictio sit ea, quam in *l. cit. n. 18.* habere me docet Scævola ex sententia Pomponii. Neque natura condictionum patitur, ut hæc eadem tribuatur procuratori: quia ut vidimus in §. *n. 2. Inst. de action.* nulla condictio potest domino competere, dempta furtiva; atque ita recte exponunt *eaed. l. 18.* Glos. et Anton. Fab. in *Ration.* Simile exemplum est in *l. si vendidero 86. §. 1. de furt.*

3 Cum, ut modo diximus, introducta sic hæc condictio ex æquo et bono, neque cum alterius jactura locupletior fiat, ita-

cile patet, rei locum non esse, si res soluta sine culpa et lucro accipientis perierit aut fuerit commercio exempta, vel amissa pretium tamen rei solutæ, si eam ipse vendiderit, restituet (1). Si ergo servum quem indebitum accepisti, nesciens manumiseris, ad pretium ejus non teneberis secùs si sciens, quia in culpa fuisti; *l. in summa* 65. §. *si servum* 8. *hoc tit.* (2). Similiter liberi erit, accipiens, cui solutus fuit Pamphilus et Stichus, nunquam unus aut alter disjunctim debetetur, etsi unus duntaxat perierit, *l. cum is* 32. *eod.* (3). Si autem utrique extiterint, electionem qui solvit habebit cum quem velit condicendi, ut Justinianus probans sententiam Papiniani et Juliani decidit in *l.* 10. *C. hoc tit.* (4) rejecta opinione Ulpiani in *l. si sortem* 26. §. *si decem* 13. *D. eod.* 14: Quoad regulam autem à Pompon. traditam in *l.* 51. *eod.* tempo: *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solvimus, repetere non possumus*, animadvertere oportet cum Gothof. et Anton. Fab. in *d. l.* eam audiendam tantummodo esse de casu quo retentio facti sit, ut in specie *l.* 33. *eod.* non verò quando retentio ipso jure concedatur, quia debitum ipso jure deminutum est, ut expressè docent *l.* 30. *de act. empt.* et *l.* 5. §. *pen. de imp. in res dot. fac.*

§. Repetenti incumbit onus probandi, se indebitum solvisse (5), tum quia ipse actor est tum etiam quia præsumptio pro eo est qui accepit. *Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat*, ut pulchrè dixit Paulus in *l. cum de indebito* 25. *de probat.* Duas tamen exceptiones continet *ipsa lex*: I. esse in *ipso pr.* si accipiens qui prius negaverat se accepisse, fuerit mendacii convictus, tunc etenim ipse probare tenebitur, pecuniam sibi solutam, fuisse debitam (6). II. in §. 1. si is qui solvit fuerit pupillus, minor, mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis sed miles, vel agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudent (7). Illud tandem animadvertere libet, per solutionem indebiti dominium rei solutæ in accipientem transferri, aliter enim solventi rei vindicatio contederetur, non autem condictio indebiti, quæ domino competere nequit, ut monuimus *supra n.* 2. Hoc ita, si accipiens putaverit, debitum accipere: nam si indebitum esse sciens acceperit, furtum facit, cui consequens ut dominium non quæratur, ut *ibid.* diximus, et habetur in *l. fal-*

(1) L. 37. d. tit. 14 P. 5.
(2) L. 38. eod.
(3) L. 88. eod.
(4) D. l. 89.
(5) L. 19. d. tit. 14 P. 5.
(6) D. l. 29.
(7) D. l. 29.

sus 43. cum *seq. de furt.* Sed nec dominium acquiret qui verum debitum acceperit, si solvens alienandi potestatem non habuerit. Quare si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is cui bonis interdictum est, solverint, pecuniam solutam vindicabunt, si extiterit ea vero consumpta, condictio locum habebit, *l. interdum* 29. *hoc tit.* quænam autem sit hæc condictio, et quomodo competat, acriter disputant Glos. Ant. Fab. aliique in *d. l. interdum* 29. quam disputationem, utpote inutilem, in medio relinquimus.

6 "In Hispania si minor »xxv. annis sciens solverit in»debitum, condictionem habebit, »*l.* 30. *tit.* 14. *P.* 5. secundum »autem *leges Romanas*, non aliter quam præhabita restitutione »in integrum, *l.* 2. *C. si advers. »solut.* quam restitutionem *laud. »l.* 30. non requirit. Quia vero »in §. 7. *Inst. de obl. quæ quasi »ex contr. nasc. n.* 1. diximus de »jure Romanorum loquentes, in»debite soluta ex causis dotis et »transactionis repeti non posse: »quod probatum est *legibus* 34. »*et* 35. *d. tit.* 14. *P.* 5. hancque »probationem *ibi* notare neglexi»mus, *hic* eam memoramus."

TITULUS SEPTIMUS.

DE CONDICTIONE SINE CAUSA.

Cod. lib. 4. *tit.* 9.

1 *Quid sit condictio sine causa, ejusque duplex species.*
2 *De speciali condictione sine causa.*

1 Cur voluerit Justinianus *tit. isto* absolvere *lib.* XII. cum tamen de aliis præter hucusque memoratas, condictionibus adhuc agere instituisse, non apparet. Sic autem condictio hæc sine causa describi poterit: *Actio competens ei cujus res ab alio sine causa tenetur, adversus eum qui illam sine causa tenet ad rem ipsam cum omni causa restituendam.* Æque autem competit ista condictio, sive ab initio nulla causa fuit, sive cum fuisset, finita est, *l.* 1. §. 1. cum *seqq. hoc tit.* Ea, ut omnes Interpretes notant, vel generalis est, vel specialis. Generalis cum reliquis condictionibus concurrit, ut putà indebiti, causa data, cæt. *d. l.* 1. *in pr.* et §. 1. *l.* 3. *hoc tit.* et *alibi*: quod facile cuicumque consideranti patebit. Quare meritò dixit Heinn. *hoc tit.* eam esse veluti cæterarum condictionum summum genus.

2 Specialis sine causa con-

dictio datur: *Cum nulla alia condictio locum habere potest, aliter tamen sine causa rem meam, vel quæ mea fuit, tenet.* Ea, ut de cæteris condictionibus diximus, æquitate introducta est: quia æquum est, neminem cum alterius jactura locupletiorem fieri. Exemplum habemus in *l. 2. hoc tit.* cum fullo, qui amissis vestimentis, domino pretium solvit, et dominus postea vestimenta recuperat: quo casu, æquum omnino esse, jus recuperandi pretium fulloni competere, nemo non videt, quin alia quam hæc condictio ei tribui possit. Sane cum contractus bonæ fidei sit, etiam actionem conducti habebit fullo, *d. l. 2.* Idem erit dicendum de muliere quæ dotem dedit ob matrimonium quod non contraxit, quia leges prohibent, *l. ult. eod.* Et de debitore, cujus chirographum creditor adhuc habet, soluto jam debito, *l. 2. C. eod.* Alia similia exempla posse usuvenire, palam est.

LIBER XIII.

TITULUS PRIMUS.

DE CONDICTIONE FURTIVA.

Cod. lib. 4. tit. 8. (1).

1 *Quid sit condictio furtiva: et quod anomala est.*
2, *et* 3 *Qui veniant appellatione domini, ut hanc condictionem habeant: et quando dominos esse oportet.*
4 *De condictione furtiva extraordinaria quæ incerti dicitur.*
5 *Datur ordinaria etiam hæredi et contra hæredes, et quatenus.*
6 *Quæ veniant in hanc condictionem.*
7 *Quando cessat.*
8 *Jus Hispanum.*

1 Sequitur exponenda in *hoc tit.* condictio furtiva, quæ est: *Actio competens domino rei surreptæ ejusque hæredi adversus surripientem ejusque hæredem ad rem ablatam cum omni causa recuperandam* (2). Ex qua definitione patet, condictionem istam esset anomalam; cum enim contra regulam condictionum sit, ut dominis competere possint, ut in §. 14. *Inst. de action.* et *alibi* vidimus, hæc dominos datur, et quidem soli, *l. 1. hoc tit.* quod odio furum effectum

(1) Tit. 14. P. 7.

(2) L. 4. Tit. 14. P. 7.

esse, quo magis plurimis actionibus teneantur, testatur Justinian. in *d.* §. *14.* Nascitur ex furto, ut et actio furti, cæterum plurimum ab hac differt: cum ratione ejus cui et adversus quem competit: tum etiam, quia actione furti pœna petitur, condictione vero rei surreptæ restitutio, ut ostendimus in §. *ult. Inst. tit. de oblig. quæ ex delicti nascunt.*

2 Appellatione *domini* veniunt etiam qui pro dominis habentur, quales sunt tutores et curatores, qui proinde pupillorum et furiosorum nomine hanc condictionem habent, *l. interdum 56.* §. *pen. de furt.* Eadem ratione tribuitur bonæ fidei possessoribus, ut recte monent Heinn. et Westemb. *hoc tit.* ex *l. bona fides 136. div. reg. jur.* qua docemur tantumdem præstare bonam fidem possidenti, quantum præstat veritas, quotiens lex impedimento non est.

3 Ut dominus habeat condictionem, necesse est, eum utroque tempore dominum esse, et quo res surripitur, et quo vult agere: nam si alterutri ad alium res surrepta pertineant, condictio cessabit. Si ergo furtum passus rem inter vivos alienaverit, vel purè legaverit, neque ipsi neque ejus hæredi condictio competet, *l. sive 10.* §. *2.* cum *seq. hoc tit.* quia utroque casu rei dominium facto domini ab eo recedit, et in hæredem non transit. Sed nec legatario dabitur, quia furti tempore non fuit dominus, et ei duntaxat conceditur cui res surrepta est, vel hæredi ejus: vindicare vero rem legatam poterit, *l. 11. eod.* Sin autem ponas defunctum sub condictione legasse; ea pendente hæres condictionem habebit, *l. si servus 14. eod.* quia dominium defuncti in eo manet, donec condictio existat, *l. post litem 12.* §. *2. fam. ercisc.* Si dominus non suo facto dominium amiserit, æque condicet ac si non amisisset, *l. et ideo 12. hoc tit.* ex qua regula eleganter infert Ulpian. in §. *1. ejusd. l. 12.* provocatum communi dividundo judicio, condictionem retinere, etiam eo casu quo res surrepta, fuerit socio adjudicata, ut *ibid.* explicant Glos. et Faber. in *Ration.* Sufficit itaque hoc casu eum fuisse dominum tempore quo furtum fuit factum.

4 Animadvertere autem oportet, quod dum diximus ex *l. 1. hoc tit.* soli domino competere condictionem furtivam, exaudiri volumus de condictione ordinaria seu regulari, quam DD. appellant *certi*, qua res ipsa surrepta; vel vera rei peremptæ æstimatio petitur: alia enim condictio furtiva noscitur, quæ *incerti* dicitur, qua creditor pigneratitius incertam possessionis seu detentionis æstimationem persequitur, de qua Ulp. in *d. l. 12.* §. *ult.* et latius in *l. 22. de pign. act.* Glos. in *hac l. 22.* aliique veteres negant hanc incerti condictionem esse speciem furtivæ; cæterum DD. communiter hanc opinionem meritò rejiciunt ex *laudatis ll. 12. et 22.* et intelligunt *l. 14.* §. *16. de furt.* quæ

etiam creditori pigneratitio condictionem denegat de condictione furtiva certi: vide, si placet, Voet, *hoc tit*, n. 3, latè et accuratè id explicantem.

5 Cum hæc condictio sit rei persecutoria, *l. 7. §. 1. hoc tit.* competit hæredi, et nedum contra furem, sed etiam adversus hujus hæredes (1), etiamsi furiosi vel infantes sint, cum hæredes necessarii extiterunt, *l. 2, hoc tit.* Sive autem fur manifestus sit, sive nec manifestus, sive raptor ei condici potest, *l. 10. in pr.* et *§. 1. eod.* Uxor quoque si surripuerit condictione tenetur, licet adversus eam actio furti marito non detur, *l. 3. §. 2. rer. amot.* quod ideo admissum, quia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant, ignominia cessat *l. cessat 36. de obl. et act.* Competere vero in solidum in hæredes condictionem istam, et non duntaxat quatenus ad eos ex re surrepta pervenit probavimus in *Inst. §. 1. de perp. et temp. act.* Idem probat Anton. Fab. in *Ration. l. 9. hoc tit.* hanc quæstionem ita latè examinans, ut 24. objectiones proponat et solvat. Sed si plures fuerint hæredes, pro ea parte, qua unusquisque hæres erit, tenebitur, *d. l. 9. hoc tit.*

6 Venit in hanc actionem res surrepta cum fructibus, *l. 8. §. 20. hoc tit.* et accessionibus, per ea quæ diximus sup. *lib. 12. tit. 4. n. 11.* Atque omni eo, quod agentis intersit, *l. 8. hoc tit.* ubi exempla (2). Ejus autem temporis rei furtivæ æstimatio facienda, quo res unquam plurimi fuit (3). Nec fur rem deteriorem factam dando liberatur; semper enim moram fur facere videtur, *l. 8. §. 1. l. ult. eod.* Si corpus surreptum extiterit, ipsius corporis condictio competit; si vero desierit esse in rebus humanis, æstimationis ejus, *d. l. 8.* (4). Hocque obtinebit etiamsi fur paratus fuerit excipere condictionem, et per dominum steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem peremptæ est, *d. l. ult.* et quamvis res interierit sine dolo nec culpa furis, *l. 16. eod.* (5); qua ratione rescripserunt Diocl. et Max. in *l. 2. C. eod.* certissimi juris esse, rei furtivæ ante oblationem interemptæ damnum ad furem pertinere (6). Si ex re furtiva nova species fuerit facta, hæc condicetur, sive in pristinam materiam reduci possit, sive non, *l. 13. l. 14. §. ult. hoc tit.* Quinimo quantum res creverit, etiam cura et sumptibus furis, in condictionem venit *d. l. 13.*

7 Cessat condictio ista, I. si res furtiva ad dominum reversa sit, aut ipsi soluta ejus æstimatio, *l. 10. d. l. 14. §. 2. eod.* aut quolibet modo ei satisfactum, vel ab eo ex furibus, cum plu-

(1) L. 10. tit. 14. P. 7.
(2) D. l. 20.
(3) D. l. 20.
(4) D. l. 20.
(5) D. l. 20.
(6) D. l. 20.

res erant, licet singuli in soliidum teneatur, *l. 1. C. eod.* (1). II. si fur rem ablatam obtulit, et res postea perierit, *l. 8. hoc tit.* (2). III. si dominus rem surreptam alienaverit, vel alio modo facto suo dominium ejus amiserit, *l. 10. §. 2.* cum *seq. l. 12. hoc tit.* IV. si obligatio furti per novationem sublata sit, *l. 17. eod.*

8 "In Hispania omnia fere »quæ de condictione furtiva sta»tuta vidimus apud Romanos, »probata sunt legibus, quas in »*margine* notavimus; licet enim »verbo *condictionis* non utantur, »manifesto exprimunt ex furto »nasci unam actionem pœnalem, »quam *furti* simpliciter appella»runt Romani, alteram rei per»secutoriam, quam *conditionem* »*furtivam* dixerunt."

TITULUS SECUNDUS.

DE CONDICTIONE EX LEGE.

Cod. lib. 4. tit. 9.

1 *Quid sit hæc condictio, ejusque exempla.*

1 *Hic titulus* unicam continet legem; qua docemur, condictionem ex lege esse: *Actionem, quæ nascitur ex obligatione introducta nova lege non cavente quo actionis genere agendum sit.* Dicitur *lege*, quia si non lex, sed Prætor actionem introduxit, *actio in factum* dicitur, *l. 11. de præscript. verb.* Additur *nova*, id est, quæ recentior sit *lege XII. Tab. l. 7. de capit. minut. l. 1. l. 3. de hær. pet.* Hujus generis sunt, quæ nascuntur ex pactis legitimis, *l. 6. de pact. l. 30. de usur.* actio ad supplementum legitimæ, *l. 30. l. 35. §. 2. C. de inoff. test.* aliæque plurimæ. De illis late agit Westemb. *dissert. 4. de caus. oblig.*

TITULUS TERTIUS.

DE CONDICTIONE TRITICIARIA.

1 *Quid et qualis sit condictio triticiaria.*

2 *et 3 Obscuritas naturæ hujus condictionis.*

4 *et 5 De quibus rebus competat: et quod tempus spectandum in æstimatione facienda.*

(1) D. l. 20. tit. 14. P. 7.

(2) D. l. 20.

Digitized by Google

6 *De concursu ipsius cum aliis condictionibus.*

1 Condictionem triticiariam esse actionem prætoriam putat Westemb. *hoc tit. n. 3.* arg. inscriptionis *legum 1. 3. et 4. hoc tit.* et sane non appareat lege aliqua fuiesse introductam. Sic vero describi solet: *Actio competens ei cui res quæcumque debetur, præter pecuniam numeratam, ad eam ejusve æstimationem pro ratione loci et temporis consequendam.* Personalis est utpote condictio, §. *15. Inst. de act.* et quia rei persecutoria hæredi et contra hæredem dabitur, ut ex §. *1. Instit. de perp. et temp. act.* monuimus sæpe.

2 Gerardus Noodt in *comm. ad libros Digestorum* nullam ad *hunc tit.* voluit interpretationem afferre, inquiens; nihil sibi probari posse ex iis quæ ab Interpretibus *hic* traduntur: quod non satis placet, quia non sunt incongrua, et satis quadrant legibus *hujus tit.* ea quæ Cujac. aliique summi viri in ejusdem illustrationem afferunt. Ea igitur brevi recensebimus calamo. Fatemur tamen rem esse obscuram, et hanc condictionem quadantenus superfluam, quandoquidem res quæ debentur earumve æstimationis quæ ejus objectum sunt, peti etiam possunt actione orta ex obligatione unde descendit debitum.

3 Incertum utique est unde hujus condictionis nomen veniat: quam aliqui non *triticiariam*, sed *triticariam* appellant. Westemb. in *dissertat. 7. de caus. oblig. cap. 5.* plurimas refert opiniones, quarum probabiliores videntur quæ à tritico illud deducunt, vel quia Prætor in edicti principio tritici fecit mentionem, vel quia forte de tritico æstimando egit, qui primus hac conditione usus fuit, aliave simili ratione, ut *ibi* videri potest; nobis enim non licet in hoc immorari.

4 Hæc condictio generalis est quia de omnibus rebus competit sive mobilibus sive immobilibus, sive corporalibus, sive incorporalibus, sive certis sive incertis: sola pecunia numerata excipitur, *l. 1. hoc tit.* Exceptionis ratio ea esse videtur, quod hæc actio æstimandæ rei causa introducta est, *l. 3. eod.* pecunia vero numerata, cum ejus valor certus et determinatus sit, nullam recipit æstimationem, imo ea æstimantur res cæteræ. In æstimatione quæ per hanc actionem petitur, tempus condemnationis spectandum esse docet Ulpian. ex sententia Servii in *d. l. 3.* addens quod si res desierit esse in rebus humanis, mortis tempus spectetur, ita tamen ut non attendatur novissimum vitæ, ne ad exiguum pretium redigatur. Si autem post moram deterior res facta sit, habebitur æstimatio quanto res facta sit deterior.

5 Primæ *hujus l. 3.* sententiæ obstare videtur *lex 4. eod.* dum ait rem æstimandam, quanti valeret cum judicium acciperetur, seu tempore litis contesta-

Digitized by Google

tæ: quam pugnam Interpretes non uno modo componunt. Anton. Fab. in *Ration.* late disserens *de dd. ll. 3. et 4.* existimat non tractari in *d. l. 4.* de condictione triticiaria, quamvis eam in *hoc tit.* Tribonianus collocaverit, sed de condictione certi ex mutuo, in qua litis contestationis tempus spectandum est secundum *l. vinum. 22. de reb. cred.* in condictione vero triticiaria, de qua expresse loquitur *d. l. 3.* spectari debere tempus condemnationis seu sententiæ, ex regula tradita in *l. si Kalendis 11. de re jud.* docente ex eo tempore quidquid æstimari quo novissime solvi potest: hoc autem esse tempus condemnationis in triticiaria *ibi* probat Joann. vero Voet *hoc tit.* vult condictionem nostram non esse novam actionem, sed veteris actionis qualitatem adjecticiam quæ bonæ fidei, seu stricti juris naturam assumit, pro diversa natura actionis principalis cui adjicitur, cui consequens, ut in ea attendatur tempus rei judicatæ quando adjicitur actioni bonæ fidei de qua exaudienda *d. l. 3.* et tempus litis contestatæ; si principalis actio fuerit stricti juris, ut in *d. l. 4.* juxta distinctionem traditam ab Ulpiano in *l. sed. 3. §. 2. com. v. cont.* Cujac. in *parat. ad hunc. tit.* et Westemb. in *laudat. dist. 7. de caus. obl. cap. 5.* actionem istam ad classem arbitrariarum referunt, quatenus in ea Judex rem æstimat arbitrio suo, habita ratione loci et temporis.

6 Recte denique monet Westemb. *loc. cit.* condictionem hanc concurrere cum aliis condictionum speciebus, dempta ea qua pecunia numerata petitur, ex *l. 1.* cum *seq. hoc tit.* proindeque ad nullam ordinariam obligationum causam referri posse, sed ad extraordinariam quam Cajus in *l. 1. de obl. et act.* dixit oriri ex variis causarum figuris. Plures inter eandem et condictionem certi differentias enumerant Westemb. *ibid. et hoc tit. 2 à n. 7.* et Dion. Gothof. in *l. 1. hoc tit.* quas ex iis quæ diximus *sup. n. 4.* facile quisque elicere poterit.

TITULUS QUARTUS.

DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

Cod. lib. 3. tit. 18. (1).

1 *Ratio introducendi hanc actionem: et quid ea sit.*

2 *et 3 In quibus judiciis habeat locum.*

(1) L. 13. titl 11. P. 3.

4 *Quibus et adversus quos detur: et quo sensu arbitraria est.*
5 *Ubi institui possit hæc actio.*
6 *Creditor cogi non potest alibi quam conventum est, solutionem accipere: neque in obligationibus faciendi locum habet hæc actio.*
7 *In Hispania inutilis et superflua est.*

1 Quia ex stipulatione eatenus duntaxat obligatio nascitur quatenus verbis contrahentium expressum est, *l. quidquid 99. de verb. obl.* ei qui stipulatus est aliquid sibi dari certo loco, nullam jus civile actionem concessit promissorem alibi conveniendi. Cæterum aanimadvertens Prætor, hunc juris rigorem iniquum esse, quippe si promissor nunquam ad locum promissionis iret, vel quia nollet, vel quia non posset, eludebatur creditor nullam actionem remediumve habens consequendi promissum, illum temperavit introducta in eam rem utili actione, *l. 1. hoc tit.* quæ *de quod eo certo loco* dici solet, et est: *Actio competens ei cui certo loco dari aliquid oportet, ejusve hæredi, contra debitorem ejusve hæredem, ut debitum alio loco solvat, secundum æstimationem ejus quod intersit loco convento solvi, factam à Judice.*

2 Verisimilis est conjectura Gerardi Noodt *hoc tit.* existimantis, Prætorem in concedenda hac actione locutum fuisse de contractu stipulationis ex *l. 2. §. 1.* et *l. 7. §. 1. hoc tit.* ex ipsius tamen Prætoris mente ad omnia stricti juris judicia productam fuisse, ob paritatem rationis, de qua *n. seq.* Locum itaque habet hæc actio nedum in stipulatione, sed etiam si hæres à testatore jussus sit certo loco quid dare, *l. 5. eod.* in mutuo, *l. 6. eod.* in constituto, *l. si duo 16. §. 1. de pecun. const.* cæterisque judiciis scricti juris. In judiciis vero bonæ fidei huic actioni locus non est: quia actione ordinaria et civili horum contractuum possumus plene reum convenire. Finge in contrahenda emptione seu deposito convenisse, ut pretium vel res certo loco præstetur, actio ex empto, vendito, vel depositi, in id competit, quin nostra de qua agimus desideretur, *l. 7. hoc tit.*

3 Differentiæ ratio inter contractus bonæ fidei et stricti juris stat in eo, quod in illis libera potestas, quæ ex natura contractus Judici conceditur, ex æquo et bono æstimandi quantum actori restitui debeat, *§. 30. Inst. de act.* sufficit ei, ut reum, qui quidquam certo loco dare debet, cogat alibi respondere et solvere, dum id æquitas suggerit, attenta utique ratione ejus quod intersit (1): quo respiciens Noodt. in *hoc tit. vers. Obtinet*, pulchre dixit, actionem istam inesse judiciis bonæ fidei, ibique officio Judicis contineri. At in contractibus stricti juris

(1) L. 13. tit. 11. P. 5.

Digitized by Google

Judex alligatus est formulæ, quæ ex solis verbis contrahentium concipitur, quin ulla ipsi sit potestas ultra progrediendi, ut diximus in §. 28. *Inst. de act. nn. 8.* et *12.* Atque inde eveniebat, ut reus, qui decem Romæ dare promisserat, conventus alibi, absolvendus erat, etiam reclamante æquitate: cui medendo incommodo necessaria fuit actionis *de eo quod certo loco* introductio.

4 Quod hæc prætoria actio hæredibus et contra hæredes competat ex natura rei persecutoriarum est, ut sæpe monuimus. Et insuper arbitraria, *l. 2. l. 5. hoc tit.* eo sensu quo id exposuimus in §. *31. Inst. de act. n. 2.* quatenus nempe in ea arbitrio Judicis permittitur ut rem æstimet; quanti litigatorum intersit, potius loco constituto, quam eo in quo agitur solvi, et juxta hanc æstimationem reum condemnet augendo vel minuendo promissum: qua ratione ait Ulpianus in *l. 2. in pr. hoc tit.* hanc actionem utriusque utilitatem continere: nam si rei seu promissoris interest, minoris fit pecuniæ condemnatio quam conventum erat; è contrario majoris si interfuerit actoris: quod latius prosequitur exemplisque declarat in §. *fin ejusd. l. 2.* loquens de officio Judicis in hac actione. Ideo autem eam in arbitrium Judicis referre placuit, quia notum est omnibus quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini, olei, frumenti, *l. 3. eod.* Quoniam vero Judex huic actioni addictus, æquitatem naturalem ante oculos habere debet, oportebit ut interdum reum absolvat, cautione ab eo exacta de pecunia solvenda ubi promissa est: ut puta si vel ibi oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda, *l. 4. §. 1. eod.*

5 Non esse locum huic arbitrariæ actioni quando res petitur in ipso loco convento palam est, cum tunc creditor uti possit et debeat actione directa ex ipsa conventione descendente, cessante causa quæ arbitrariam introduxit. Sed neque institui poterit in quolibet loco diverso ab eo in quo rem dari oportuit, sed tantum in eo in quo reus sortiretur forum proprium, si non facta esset loci adjectio, ut evincit *l. hæres 19. §. ult. de judic.* Hujus ratio ea est quam tradit Voet *hoc tit. n. 5.* quia nempe alioquin deterioris conditionis esset quin non nisi uno in loco obligatus esse voluit, et locum adstringendæ obligationis gratia objecit, quam illi qui simpliciter sine loci adjectione promiserunt: *ubi* alios plures laudans, recte quoque monet, *legem si duo 16. §. 1. de pec. const. aliasque* in quibus dicitur, eum cui certo loco quidquam solvi constitutum est, *ubique petere posse*, seu de eo *alio loco agi posse*, civiliter accipiendas esse de omnibus illis locis, in quibus ex generali legum dispositione reus conveniri potest: non de aliis: neque est

ullus, quem sciam, cui hæc sententia displiceat. Si quis fuerit stipulatus sibi dari Romæ aut Capuæ, electionem habebit alterutro loco petendi sine loci adjectione; reus vero solvendi, ante petitionem scilicet: non postea, *l. 2. §. 3. hoc tit.* ubi et ratio traditur.

6 Quamvis per hanc actionem compelli possit debitor alio loco solvere secundum ea quæ diximus; non tamen cogi poterit creditor alibi recipere, ut generaliter definit Ulp. in *l. pen. eod.* quia nulla necessitas hanc creditoris coactionem exigit, ut patebit consideranti; cum è contrario necessitas introduxerit posse compelli debitorem alibi solvere, ut vidimus *sup. n. 1.* et bene notat Anton. Fab. in *d. l. pen.* Quare cum Venulejus ait in *l. continuus 137. §. cum ita 2. de verb. oblig.* cum qui certo loco debet, ubique solvere posse, exaudiendus est de casu quo creditor invitus non fuerit, cum Voet *hoc tit. n. 7.* et Glos. in *d. l. pen.* ubi adducit etiam aliam conciliationem, quod nempe *d. l. 137.* intelligatur quando locus adjectus sit debitoris gratia, quod et placet Fab. in *ead. l. pen.* Monendi denique sumus in obligationibus faciendi locum non habere hanc actionem, quia in eis non faciente debitore succedit obligatio et actio ordinaria in id quod interest, ut vidimus in §. *ult. Inst. de verb. obligat.* etiamsi cum adjectione loci contractæ fuerint, *l. eum qui 43. de jud.*

7 "In Hispania cum omnes » actiones sint bonæ fidei ut di» ximus in *Inst. §. 28. de act.* » *n. ult.* inutilis et superflua est » actio prætoria de qua in *hoc* » *tit.* per ea quæ ostendimus *sup.* » *nn. 2.* et *3.* Nec agnoscimus ac» tiones ullas prætorias à civili» bus distinctas, ut diximus quo» que in *d. tit. de act. §. 3.*"

TITULUS QUINTUS.

DE PECUNIA CONSTITUTA.

1 *Inutilitas hujus actionis in Hispania.*

1 "Quia pactum constituti » id est: *Quo quis constituebat* » *seu promittebat se pecuniam* » *debitam soluturum*, confirma» tum fuit à Prætore, actionem » produxit contra famosum illud » axioma: *Ex nudo pacto actio* » *non nascitur*: de quo disserui» mus in *Inst. §. 2. de obl.* Cæte» rum quia ostendimus *ibidem* et » sæpe repetivimus in *iisdem Inst.* » *tit. de verb. obl.* et *inut. stipul.* » nasci in Hispania obligationem » efficacem ex quolibet pacto se» rio, nullamque proinde differen» tiam agnosci inter pacta et sti» pulationes; idque omnium pene

» gentium usu jam pridem recep-
» tum esse; atque insuper obliga-
» tum esse, qui quoquo modo os-
» tenderit voluisse obligari, inu-
» tile prorsus putamus oleum et
» operam perdere in *hoc tit.* illus-
» trando, ut jam nobis id placuit
» in *Inst.* §. 9. *de act.* ubi de eo-
» dem argumento agitur."

TITULUS SEXTUS.

COMMODATI VEL CONTRA.

Cod. lib. 4. tit. 23. (1).

1 *Ratio methodi.*
2 *Quibus et adversus quos actiones commodati competant.*
3 *et* 4. *Quæ veniant in actionem commodati contrariam.*
5 *Quod commodatarius consequi potest contraria actione, poterit etiam recto judicio salvam habere.*
6 *Jus Hispanum.*

1 Justiniano acturo de rebus creditis seu de mutuo in *tit. 1. lib. præced.* necessarium fuit de condictione quæ ex mutuo nascitur tractare, atque hac occasione voluit etiam agere de cæteris condictionis, quas hucusque evolvimus. Hoc peracto de contractu commodati, qui ut contractus mutui re perficitur, *pr.* et §. 2. *Instit. quib. mod. reb. contr. oblig.* sermonem instituit. Nos autem tam plene egimus de contratu isto in *d.* §. 2. *Instit.* ut pauca et non magni momenti sint, quæ *hic* addi possint: ea temen breviter percurramus.

2 Exposuimus in *d.* §. 2. *Instit.* præter actionem principalem, quæ semper ex hoc contractu nascitur, et *directa* dicitur, nasci nonnunquam aliam, quæ appellatur *contraria.* Prima est: *Actio competens commodanti ejusque hæredi contra commodatarium ejusque hæredem ad rem commodatam cum omni causa restituendam, finito usu præscripto.* Contraria vero: *Actio competens commodatario ejusque hæredi adversus commodantem ejusque hæredem, ut indemnis servetur in iis quæ ad commodatum pertinent:* de quibus, eis quæ jam dicta sunt, sequentia addere libet. Si res fuerit pluribus commodata communi periculo, unusquisque commodatarius pro sua duntaxat parte actioni directæ obnoxius erit; *l.* 21. §. 1. *hoc tit.* at si non communi periculo, sed simpliciter commodata sit, singuli in solidum obstricti erunt, quasi duo rei debendi, ut uno restituentes alter quoque liberetur, *l.* 5. §. *ult. eod.*

(1) Tit. 2. P. 5.

Digitized by Google

quam ita communiter interpretes intelligunt: Glossa tamen vult, ut non aliter teneantur in solidum, quam si expresse id fuerit actum, maxime post *authen.* Hoc ita *C. de duob. reis* (1). Hæredes vero commodatarii pro ea parte qua hæredes fuerint conveniendi sunt: nisi forte unus habuerit facultatem totius rei restituendæ, nec faciat: tunc enim condemnabitur in solidum, ut ait Ulpian. in *l. 3. §. 3. eod.* (2), rationem addens: *quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat:* quam meritò DD. accommodant pluribus commodatariis, quando similis casus contigerit. Similiter si quis ex hæredibus vel commodatariis ex suo facto teneatur, in solidum condemnabitur, *l. in commodato 17. §. 2. eod.*

3 In contrariam commodati actionem venire damna occasione rei commodatæ illata commodatario, et impensas quas in ea commodatarius fecit, res est notissima, cum ejus finis sit ut iste servetur indemnis, quem ut eleganter ait Paulus in *d. l. 17. §. 3. hoc tit.* beneficio oportet adjuvari, non decipi. Utrumque tamen paululum exponendum. Et quod ad damna attinet, ea duntaxat commodans tenebitur commodatario sarcire, quæ hic dolo illius fuerit passus: ut puta si quis sciens commodaverit tigna vel vasa vitiosa, et vinum vel oleum ibi infusum corruptum effusumve est, *d. l. 17. §. 3. l. 18. §. 3. eod.* (3). Quod etiam in commodato præstetur enim culpa levissima, ex parte commodatarii est; non ex parte commodantis, quem satis visum est teneri de dolo, quia non ipsius sed commodatarii gratia commodatum fit. Quinimo paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos in hoc versari, monet Africanus in *l. si servus 61. §. circa 6. de furt.* Qua ratione, et quia *dd. ll. 17.* et *18.* et *l. pen. eod.* solum loquuntur de commodante vitium rei sciente (4), recte ait Anton. Fab. in *ead. l. 18. §. 3.* non improbabiliter tentari posse non teneri commodantem de culpa lata. Nota tamen, quod licet commodatarius uti hac actione non possit ut sibi sarciatur damnum datum ob furtum factum à servo commodato, quem furem esse commodans ignorabat, poterit agere cum commodante actione noxali, *l. si servus 31. de pignerat. act.* Sane si commodans ante usum præscriptum, rem protrahit seu aufert commodatario, hac actione tenebitur: quia fidem frangit susceptam obligationem deserens, *d. l. 17. §. 3.*

4 Consequetur etiam commodatarius per actionem commodati contrariam impensas, quas in re commodata vel ejus causa fecerit: veluti quæ factæ sint in valetudinem servi, vel causa ejus requirendi et reducendi post fugam, *d. l. 18. §. 2.* Quoniam

(1) L. 5. tit. 2. P. 5.
(2) D. l. 5.
(3) L. 6. tit. 2. P. 5.
(4) D. l. 6.

Digitized by Google

vero benigne cum commodante agendum per ea quæ *n. præced.* diximus, eo duntaxat casu laudatas impensas commodatario solvet, quo majores fuerint; nam modica impendia, sicuti etiam cibariorum, non ad ipsum, sed ad commodatarium pertinebunt, ut in *ead. l. 18.* §. 2. Cajus docet: quamvis in contrariam negotiorum gestorum actionem etiam modicæ impensæ veniant, *l. omnino 12. de imp. in res dot.* Quod attinet ad impensas utiles, vide quæ dicimus *tit. seq. num. 7.*

5 Quod commodatarius contrario judicio consequi potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure compensationis *d. l. 18.* §. *ult.* quod utique exaudiendum quando termini fuerint habiles, debita scilicet utrinque quantitate; quia re perempta, culpa saltem levissima commodatarii, æstimatio reddenda erat. An autem prætextu debiti possit ipse eadem corpora commodata retinere, quæstio est: Voet *hoc tit. n. 10.* indistincte negat. Nobis autem placet sententia Vin. *lib. 1. select. quæst. cap. 51.* distinguentis inter debita venientia causa rei commodatæ, qualia sunt impensæ necessariæ in eam factæ: quæ nempe commodatarius potest consequi actione contraria secundum ea quæ diximus modo *nn. 3. et 4.* et alia quæ aliunde obveniunt; ut propter illa jus retinendi competat; non item propter ista (1).

6 »In Hispania *l. 5. tit. 2.* »*P. 5.* probat sententiam Glos. »quam *sup. n. 2.* retulimus, ut »notavimus in *margine*: *lex vero* »*7. eod.* postquam jus Romanum »probans ait ad commodatarium »pertinere impendia cibariorum »et aliorum quæ ad usum equi »commodati necessaria sunt, con»cedit ei, ut possit consequi im»pensas quas fecerit in illius va»letudinem, nulla facta distinc»tione inter majores et modi»cas, cualem jus Romanorum »fecisse vidimus *sup. n.* 4. Dein»de *lex 9. d. tit.* 2. quam in *mar»gine* laudavimus, statuit, ut »mortes animalium et cætera dam»na fatalia post litem contesta»tam contingentia, indistincte »pertineant ad commodatarium. »Et insuper dum retentionem »concedit commodatario ob id »quod commodans ei debuerit ex »causa ipsius rei commodatæ, »exigit ut debitum contractum »sit post commodatum.«

(1) L. 9. d. tit. 2. P. 5.

TITULUS SEPTIMUS.

DE PIGNERATITIA ACTIONE, VEL CONTRA.

Cod. lib. 4. tit. 24. (1).

1 *Exponuntur actio directa et contraria pigneratitia.*
2 *Quænam res pignori dari queant.*
3 *Quibus competat actio directa.*
4 *Quando nascatur et competat hæc actio.*
5 *De præscriptione juris luendi pignus.*
6 *et* 7 *Quæ veniant in actionem pigneratitiam contrariam.*
8, 9 *et* 10 *Jus Hispanum.*

1 Pigneratitia actio de qua in *hoc tit.* agere voluit Justinianus, nascitur ex contractu pignoris qui re contrahitur, quando debitor in securitatem debiti rem aliquam creditori tradit (2); et duplex etiam est, quatum una *directa*, altera *contraria* appellatur, ut in actione commodati contingit, et expossuimus in *Inst.* §. 4. *quib. mod. re contr. oblig.* Sic autem directa definiri potest: *Actio competens debitori ejusque hæredi, adversus creditorem ejusque hæredem ad recuperandam, soluto debito, rem quam ipsi tradidit in securitatem debiti, cum omni causa.* Dicitur nonnumquam hæc actio abusive *hypotecaria*, et cum ea confunditur; si autem proprie et distincte loqui volumus, in pluribus hæc actiones differunt inter se, ut vidimus in *d.* §. 4. *n.* 2. Contraria vero est: *Actio competens creditori ejusque hæredi, adversus debitorem ejusque hæredem, ut servetur indemnis in iis quæ spectant ad rem, quam in pignus accepit in securitatem debiti.*

2 Dari autem in pignus possunt res omnes quæ in commercio sunt, et alienari possunt, sive corporales sint sive incorporales, sive moviles sive immobiles, *l.* 9. §. 1. *l.* 11. §. 2. *de pign. et hypoth.* (3). Quamvis autem res aliena pignori dari nequeat, ut pignus valeat, nisi domini voluntas accedat (4); tamen inter contrahentes pigneratitiæ actiones nascuntur, si absque ea fuerit data, ut de actione directa probat *lex si pignore* 22. §. *si prædo* 2. *hoc tit.* et de contraria *l. tutor.* 16. §. 1. *eod.* Cui consonat quod ex Glossa dicimus *num.* 4.

(1) Tit. 13. P. 5.
(2) Pr. d. tit. 13.
(3) L. 1. *cum* seq. de tit. 13.
(4) L. 9. eod.

Digitized by Google

3 Competit *directa* actio cuicumque debitori qui rem pignori tradidit, etiamsi ejus dominus non fuerit: quare is qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia poterit hac actione experiri, *l. si rem 9. §. 4. hoc tit.* quamvis prædo sit, *d. l. 22. §. si prædo 2. eod.* Tendit vero, ut ipsi res pignori data restituatur cum omni causa, id est; fructibus sive naturalibus sive civilibus, *l. 1. cum seq. C. hoc tit.* (1) etiam prædoni, *d. l. 22. §. 2.* (nisi pactum antichreseos intervenerit, de quo in *lib. 20. tit. 1.* agemus), cæterisque accessionibus, veluti usufructu qui acrevit, alluvione, *l. si convenit 18. §. 1. hoc tit.* (2), partu ancillæ, et similibus, *l. 1. cum seq. C. de part. pign. et omn. caus.* et omni eo quod occasione pignoris ad creditorem pervenerit. Si itaque creditor non data opera thesaurum in fundo pignerato invenerit, dimidiam duntaxat partem quæ ad ipsum tanquam inventorem pertinet, retinebit; dimidiam alteram debitori dabit, *l. si is 63. §. ult. de adq. rer. dom.* Si autem res pignerata fuerit extincta, amissa, aut deterior facta, tenebitur creditor solvere debitori quod hujus intersit: si damnum contigerit dolo ejus vel culpa, non autem si casu fortuito, *l. 6. C. hoc tit.* vel culpa levissima; quia ut ostendimus in *laud. §. 4. Instit.* tenetur creditor de dolo, et culpa levi: non amplius.

4 Ut hæc actio nascatur, omnis pecunia soluta esse debet (3), aut eo nomine aliter volenti creditori satisfactum, licet in hoc deceptus sit, *d. l. 9. §. 3. hoc tit.* Idem juris erit, si per creditorem steterit quominus ei solvatur, *l. aliena 20. §. 2. eod.* Et cum pignoris causa individua seu indivisa sit, *l. rem 65. de evict.* si creditoris plures hæredes extiterint, ut uni ex his pars ejus solvatur, non debent cæteri hæredes injuria affici, sed poterunt pignus retinere, et suo casu vendere, offerendo debitori id quod cohæredi eorum solverat: quæ doctrina vice versa accommodatur pluribus debitoris hæredibus, *l. 1. cum seq. C. si unus ex plur. hær. cred. d. l. 65. et ibi* Glos. Sed et ipse creditor poterit retinere rem quam in pignus accepit, etiamsi debitum cujus ratione res fuit pignerata, ipsi fuerit solutum, si casum ponas quo idem debitor simul ei non solverit aliud debitum post oppignerationem contractum, licet in hoc nihil de pignore constitutum sit. Hoc autem casu retinendi jus locum duntaxat habebit adversus debitorem ejusque hæredes, *l. un. C. etiam ob chirographar. pecun.* (4). Illud vero animadvertendum, posse interdum debitorem hac actione experiri in id quod ejus interest, ante solutam pecuniam, ut puta si creditor impediat dolo malo quominus debitor jure suo

(1) L. 2. l. 21. eod.
(2) L. 15. eod.
(3) L. 21. de tit. 13. P. 5.
(4) L. 22. eod.

Digitized by Google

utatur in re pigerata, *l. ult. hoc tit.* vel rem male tractavit, *l. eleganter 24. §. ult. eod.* Quinimò et posse nonnunquam huic actioni esse locum nulla unquam solutione secuta: quia nempe debitoris obligatio nondum præcesserat: exempla habemus in *l. solutum 11. §. si quasi 2. eod.* in cujus interpretatione. Glossa notat, dari actionem pigneratitiam ubi nullum est pignus; hancque doctrinam exemplis ipsius contractum pignoris, et contractuum mandati, et emptionis finitorum illustrat Ant.; tamen Fab. in *d.* §. pluribus probat, dari ibi contractum pignoris pro debito conditionali, sperato duntaxat et non contracto debito; cui adstipulatur Noodt *hoc tit. vers. Ut igitur*, quos vide, si placet.

5 An autem jus luendi pignus, seu recuperandi rem pigneratam solvendo seu offerendo debitum competens debitori, præscriptioni longissimi temporis triginta vel quadraginta annorum obnoxium sit, difficilis est quæstio; multos hinc inde propugnatores habens. Affirmat Vinn. latè et solidè, suo more, eam examinans *lib. 2. select. quæst. cap. 6.* solvitque argumenta, quæ adducuntur à Zoesio *hoc tit. n. 18.* aliisque qui contrariam tenent sententiam. Placet quidem nobis opinio Vinnii, quem vide, si libet; nam instituti ratio prohibet nos immorari in recensendis argumentis harum implicatarum juris Romani quæstionum: maxime cum ex aliis principiis decidendæ sint in Hispaniâ, ut videbimus *infra.*

6 Actio contraria creditori competit, ut servetur indemnis in iis quæ in ipso pignore seu causa ipsius fuerit passus. Tenebitur igitur debitor creditori actione ista, in damna quæ huic emerserint, quia ei dedit rem alienam, vel alii pigneratam, vel in publicum obligatam, vel vitiosam seu morbosam, *l. tutor 16. §. 1. hoc tit.* neque eum ignorantia excusat, *d. l. 16. §. 1.* liberum tamen tunc ei erit, debitori servum suum pro noxæ deditione relinquere, quod contra est quando debitor sciverit servum quem tradit furem esse tunc etenim pro toto damno creditor hanc actionem habebit, etsi paratus fuerit debitor servum pro noxæ debito apud debitorem reliquere, *l. si servus 31. eod.* Plane si creditor hæc vitia sciens rem acceperit, hæc actio cesabit, *d. l. 16. §. 1.* Creditori autem cui debitor rem alienam pignori dederit, hæc actio dabitur etiamsi debitor solvendo sit, *l. cum devitore 32. eod.* Rationem habemus in *l. plus 25. de div. reg. jur.* ubi Pompon. eleganter dixit: *Plus cautionis in re est, quam in persona*: qua eadem ratione concessa est creditori actio furti surrepto pignore, licet idoneum debitorem habeat, §. 14. *Inst. de oblig. quæ ex de l. nasc.*

7 Similiter, si necessarias impensas fecerim in rem quam pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam con-

Digitized by Google

trariam pigneratitiam actionem habebo. Finge medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse; illam petere hac actione potero, *l. si necessarias 8. hoc tit.* Impensæ vero utiles in hanc actionem non venies, nisi fuerint inchoatæ à debitore, vel ejus voluntate factæ. Si ergo servos pigneratos artificiis non necessariis instruxit creditor, siquidem jam imbutos, id est, imbui cœptos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria: quia etiam in priori casu voluntas debitoris intercessisse putatur, quamvis non sit expressa, ut Glos. et communiter DD. explicant. Si vero nihil horum intercesserit, non aliter actio erit, quam si artificia fuerint necessaria, ut distinguit Ulp. in *l. si servos 25. eod.* Sed nec in his tantum debet impendere, ut cogatur debitor sevis carere pro quantitate suæ pecuniæ: neque enim creditori licet talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum: quia æquum non est cogere debitorem, ut aut quærat alios creditores, aut distrahat rem suam quam receptam velit, aut penuria coactus eam creditori derelinquat. Medie igitur hæc à Judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. Habentur hæc omnia in *d. l. 25.* quam optime interpretatur Ant. Fab. *in Ration.* ubi probat, impensas, quæ ab initio sunt necessariæ, desinere esse tales, si rei valorem, in quam factæ sunt, exsuperent, vel exæquent. Quæ de impensis utilibus *hic* dicimus, ex *d. l. 25.* recte accommodat etiam actioni commodati contrariæ Donel. *lib. 14. comment. cap. 3. vers. De impensis.* Quamvis autem commodatarius impensas cibariorum non deducat, seu petat, sed ad ipsum pertineant, ut diximus *tit. præced. n. 4.* eas tamen per retentionem seu actionem contrariam consequi potest creditor (1). Ratio differentiæ in eo stat, quod commodatarius usu rei fruitur, pignus vero creditori traditur ad solam debiti securitatem. Cætera de pignoribus quæ *hic* tractari poterant, opportunius tradentur in *titulis lib. 20.*

8 "In Hispania *l. 4. tit. 13. P. 5.* et *l. 5. tit. 17. lib. 5. Recop.* expresse prohibent pignori dari et accipi boves cæterasque bestias arationi destinatas, nec non aratra, aliaque instrumenta eidem necessaria; et quod ullus Judex aliusve easdem res pignori subjicint: pœnas adversus eos qui contra fecerint statuentes: de qua prohibitione quoad pignus judiciale ex professo sumus locuti *tit. de jud. n. 52.* Licet autem eandem prohibitionem quoad pignora judicialia statuerint apud Romanos *leges 7.* et *8.* cum *auth. seq. C. quæ res pign. obl. pos.* nihil tamen dixerunt de pignore conventionali: unde suspicatur Glos. in *d. l. 8.* potuisse forte

(1) D. l. 21. tit. 13. P. 5.

» laudatas res inter volentes op-
» pignerari.

9 » Quod attinet ad impen-
» sas, statuere videtur *l. 21. d.*
» *tit. 13. P. 5.* posse creditorem
» vel per contrariam actionem
» vel per retentionem consequi
» eas quas in rem pignieratam fe-
» cerit, nedum necessarias, sed
» etiam utiles, insuper habita dis-
» tinctione inter factas voluntate
» debitoris sive expressa sive ta-
» cita, et aliter factas, quam jus
» Romanorum fecisse vidimus
» *sup. n. 7.* Id enim suadent
» verba illa: *para mantenerla*
» et alia inferius, *en refacerla*
» *para mejorarla, ó en repa-*
» *rarla porque no se empeorase,*
» indistincte posita, ut interpre-
» tatur Gregor. Lop. in *glos. 2.*
» *ejusd. l. 21.* Putarem tamen,
» medie hæc dispicienda esse à Ju-
» dice secundum regulam Ulpia-
» ni, cujus meminimus *sup. n. 7.*
» quæ propter summam quam
» continet æquitatem, ubicumque
» terrarum videtur servanda.

10 » Quia, ut monuimus in
» *Inst. §. 2. de usucap. n. ult.*
» nulla apud nos admittenda pres-
» criptio cum mala fide, non
» erit securus creditor qui debi-
» tori volenti pignus luere obje-
» cerit longissimi temporis pres-
» criptionem.»

LIBER XIV.

TITULUS PRIMUS.

DE EXERCITORIA ACTIONE.

Cod. lib. 4. tit. 25.

1 *Definitur hæc actio, et cetera quæ huic pertinent, remissive.*

1 Expositis hucusque mutuo, commodato et pignore, consequens videbatur, ut statim sequeretur tractatio de deposito: quandoquidem contractus iste reliquus est ex quatuor nominatis qui re contrahuntur; eam tamen in *tit. 3. lib. 16.* Justinianus 1. jecit, volens agere prius de actionibus quibus tenemur ex contractibus alteri quam ei cum quo contraximus, eundemque nobis obligatum habemus; loco quidem parum commodo, ut recte notat Hein. *hoc tit. n. 1.* cum actiones istæ non veniant duntaxat ex contractibus qui re perficiuntur, sed ex aliis de quibus nondum est actum. Verumtamen nobis quocumque ducimur eundum, est. Quia vero de exercitoria actione, quæ est *huj. tit.* argumentum, nihil fere est quod non tradiderimus in

Digitized by Google

Inst. lib. 4. tit. 7. §. 2. necnon pro *tit. istius* illustratione, quæ *ibi* diximus, inspecta antè *rubrica ad. tit. 7.* ubi rationem invenies, cur hæc actio et cæteræ quæ sequuntur, non civiles, sed prætoriæ sunt; et potius actionum qualitates seu adjectiones, quam actiones, ut de actionibus de peculio ostendimus in *Inst. §. 10. de act. n. 3.* Solum *hic* placet adducere in tironum gratiam hujus actionis definitionem, quæ *illic* desideratur, atque ita concipi potest: *Actio competens ei qui cum magistro navis contraxit de negotio cui hic erat præpositus, et etiam ejus hæredi, adversus ipsius navis exercitorem ejusque hæredem, secundum naturam contractus.*

TITULUS SECUNDUS.

DE LEGE RHODIA DE JACTU (1).

1 *Ratio methodi; et Rhodiorum peritia nautica.*

2 *Quid cautum fuit hac lege Rhodia: et quæ requiruntur ut ea locum habeat, ad duo reduci possunt.*

3 4 *et* 5 *Hæc requisita exponuntur.*

6 *Contributionem non impedit quod domini mercium jactui non consenserit.*

7 *et* 8 *Quænam res sint contributioni obnoxiæ, et quomodo hæc facienda.*

9 *et* 10 *Quæ actio competat ad contributionem, et adversus quem.*

11 *Jus Hispanum.*

1 Sermo institutus de negotiationibus nauticis in *tit. præced.* in causa fuisse videtur, ut *hic tit.* illico *ei* subjiceretur. Rhodus insula est cum ejusdem nominis urbe primaria, sita in mari Ægeo, à qua leges Rhodiæ cognominatæ, *cap. fin. distin. 2.* quarum famosissima quæ *de jactu* dicitur. Illius incolæ celeberrimi olim, maxime navigandi solertia et peritia, ut multo tempore maris dominium tenuerint: cujus rei testis habemus Cic. in *orat. pro leg. Manil. cap. 18.* Strab. *geogr. cap. 14.* Gell. *lib. 7. cap. 3.* Flor. *lib. 2. cap. 7.* aliosque plurimos.

2 Hæc lex Rhodia de jactu Romanis probata, cavit: *Ut si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est*, ut legimus in *l. 1. hoc tit.* (2): quod summam æquitatem redolet: *æquissimum enim est*, ut ait Paul. in *l. 2. eod. commune detrimentum fieri eorum qui propter amissas*

(1) Tit. 9. P. 5. à l. 3. ad 13. et l. 10. tit. 10. lib. 7. Recop.

(2) L. 3. tit. 9. P. 5. l. 10. tit. 10. lib. 7. Recop.

Digitized by Google

res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. Plura autem lex desiderat, ut damnum factum omnium contributioni sarciatur: quæ ad duo commode reduci possunt, ut *hoc tit.* fecerunt Duaren. et Noot: I. ut jactus mercium sit factus navis levandæ gratia, hacque causa contigerit damnum: II. hunc jactum cæteris profuisse ut suas merces salvas in nave haberent.

3 Et quod ad primum spectat, non ita auguste legis sententia exaudita est, ut tantummodo intelligatur jactus mercium fuisse factus, cum proprie et reapse merces in mare vel flumen dejactæ sunt; sed quoties merces periere seu deteriores sint factæ, quia aliquid in eis actum ut cæteræ salvæ manerent, contributioni erit locus: quia ut in *l. 4. §. 2. in fin. hoc tit.* pulchre definit Callistratus: *Sicut ei qui perdiderit subvenitur; ita et ei subvenire oportet qui deteriores propter jactum res habere cœperit.* Finge, navis onustæ levandæ causa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, quasdam merces inscapham trajectas esse, ne periclitaretur in ipso ostio fluminis vel portu; eamque scapham submersam esse: ratio haberi debet inter eos qui in nave merces salvas habent cum his qui in scapha perdiderint, tamquam si jactura facta esset, *d. l. 4.* (1). Idem erit dicendum si cum de nave jactus factus est, Titii res quæ in nave remanserunt deteriores factæ sunt ex causa jactus, quia nempe propter jacta mandatæ fuerunt, atque idcirco aspergine conspurcatæ: nam etiam hoc Titii damnum cæterorum contributione sarcietur, *d. l. 4. §. 2.* Quinimo quia eadem æquitatis ratio adest, quando non merces, sed aliquod navis instrumentum dejectum est removendi communis periculi causa, contributio debetur, *l. 5. eod.* (2). Idemque admissum in quocunque navis damno ex hac causa obveniente, etsi nullus fuerit jactus, *l. 2. §. 1. l. 5. §. 1. eod.* Illud denique eadem æquitate dictante receptum est, licet longius à lege Rhodia videatur dissitum, ut nave à piratis per aliquem redempta, omnes conferant qui merces recuperant: quod vero prædones abstulerint, is perdit cujus fuerat; nullaque eo nomine collatio facienda, *d. l. 2. §. si navis 3.* (3).

4 Insuper ut damnum passis contributio fiat, opus est, ut oriatur damnum ex eo quod avertendi periculi causa sit factum, *l. 6. eod.* et *passim.* Si ergo jactis de nave rebus tuis, merces Titii quæ in nave mansere sint factæ viliores, non ex causa jactus, sed quia forte in aliquo angulo jacebant, et unda penetravit, totum damnum ipsius erit, *d. l. 4. §. 2.* Eadem ratione nulla fiet contributio si navis exarmaverit, seu deterior fieret extra laudatam causam re-

(1) L. 8. d. tit. 9. P. 5.
(2) L. 4. eod.
(3) L. 12. eod.

movendi periculi, *d. l. 2. §. 1. d. l. 6.* (1). Similiter, si trajectis in scapham mercibus, juxta exemplum adductum *n. 3.* non schapha, sed navis perierit, salva manente scapha cum parte mercium in eam translata, non habebitur ratio eorum qui in nave perdiderunt, *d. l. 4.* (2), ubi et ratio traditur: *quia jactus in tributum salva nave venit*, id est, jactus non venit in tributum ex lege Rhodia, nisi cum navis salva est. Præterea navis non periit propter merces in scapham trajectas, quæ è contrario in eam traductæ, ut navis facilius salva fieret, et portum intraret, ut bene ratiocinatur Ant. Fab. in *ead. l. 4.* nec merces remanserunt in nave levandæ scaphæ causa.

5 Requiritur secundo ut contributio obtineat, quod jactus vel damnum mercium profuerit cæterarum mercium dominis ut eas salvas in nave haberent, *l. 5. hoc tit.* (3): atque hæc est alia ratio, cur in casu proximo amissio mercium in nave non onerat eum, qui suas in scapha servavit salvas. Sufficit autem ut profuerit ad avertendum periculum illud quod jactui causam præbuit. Si navis igitur, quæ in tempestate jactu mercium unius mercatoris levata est, in alio loco seu tempestate submersa est, et aliorum mercatorum merces per urinatores extractæ sunt: rationem haberi debere ejus cujus merces levandæ navis causa jactæ sunt, ab his qui postea suas per urinatores servaverunt, responsum est, *d. l. 4. §. 1. eod.* (4). Illud tamen iniquum esset, ait *Rip* recte Ant. Fab. ut qui nova tempestate suborta et submersa nave merces suas amiserunt, in damni prioris communionem vocentur: quæ sententia etiam est Glos. comparantis mercium amissarum dominos debitoribus certæ speciei, quos ejus interitu sine culpa ipsorum contingente liberari notum est. Putat insuper idem Fab. mercedem datam urinatoribus qui extraxerunt merces, contributionem minuere eorum ad quos illæ pertinent, ut tanto minus ex suis mercibus salvum fecisse videantur: quod non displicet, quia æquitati, quæ hanc legem dictavit, consonum est. Ille vero cujus merces jactæ fuerunt levandæ navis causa, cæteris qui in naufragio suas perdiderunt, non contribuet, etiamsi quædam ex ipsius mercibus per urinatores quoque fuerint extractæ, *d. l. 4. §. 1. in fine* (5), ubi et ratio: quia nimirum horum merces non possunt videri jactæ causa servandæ navis quæ perilt. Sed nec quicquam in eis factum quod alteri profuerit.

6 Ostendimus quando ex jactu mercium contributio procedat. Eam non impedit quod aliqui cæterarum domini jactui non consenserit, dum periorum nautarum judicio periculum

(1) D. l. 4. tit. 9. Pl 5. l. 5. eod.
(2) P. l. 8. eod.
(3) D. l. 8. l. 3. eod.
(4) L. 6. d. tit. 9. P. 4.
(5) D. l. 6.

imminens jactum desideret, et quoad fieri potest, gravioris ponderis, minorisque pretii projiciantur, ut recte asserit Voet. *hoc. tit. n.* 2. quia neque lex dum contributionem probat, distinctionem facit inter dominos volentes et invitos, neque circa mercium valorem: nec æquitas eam suggerit. E contrario impeditur contributio seu exoneratur collatio, si res quæ jactæ sunt apparuerint, *d. l.* 2. §. *si res* 7. Licet autem *hic textus*. indistincte loquatur, exaudiendus tamen videtur de casu quo in eadem bonitate apparuerint, non vero si aspergine vel alia causa deteriores factæ, tunc etenim hoc damnum faciet contributioni locum, per ea quæ ex *l.* 4. §. 2. *eod.* diximus *sup. n.* 3.

7 Restat ut videamus, quænam res sint contributioni obnoxiæ, et à quibus et quomodo faciendæ: quæ præcipue tractantur in *d. l.* 2. §. 2. (1): ubi docemur, res omnes quarum conservatio in nave dominorum intersit, etiam eas quæ navem non oneraut, veluti gemmas, margaritas, in contributionem venire: atque etiam ipsam navem (2). Corpora vero seu capita libera non venire, cum nulla ipsorum fieri possit æstimatio (3). Veniunt tamen eorum vestimenta, et anuli, ut sola persona, quia pretium non habet, eximatur (4). Ex eis autem quæ illud habent, sola eximi placuit navi imposita consumendi causa, qualia sunt cibaria, speciali ratione tradita *ibid.* quia si ea deficerent in navigatione, quod quisque haberet, in commune conferret.

8 Hinc patet, contribuere teneri omnes illos quorum interfuit jacturam fieri, id est, dominum navis, et qui domini sunt rerum, quæ in nave salvæ manserunt, dum alterius merces eo fine sunt jactæ, ut cæteræ in nave liberarentur (5). Et quia contributio facienda, ut ab omnibus sarciatur damnum quod pro omnibus datum est, et detrimentum commune fiat, *l.* 1. cum *d. l.* 2. *sed.* palam est, non lucri, sed detrimenti rationem habendam: cui consequens, ut res amissæ non quanti vendi potuisent, sed quanti emptæ sunt, æstimandæ; licet illæ quarum nomine conferendum est, quanti venire possint, *d. l.* 2. §. *portio* 4. quæ idcirco si in nave deteriores sint factæ, pro earum pretio præsente, quod qua tales habent, et non pro eo quod ante habebant, ipsarum dominus conferet, *d. l.* 4. §. 2. Si autem cui à cæteris conferendum, ipse quoque collaturus est, quia merces servavit, sed causa jactus deteriores factas; vel non omnes quas in nave habebat, amiserit; computationis remedio res decidenda erit, ut si plus sit in ejus damno quam in commodo, ei conferatur; si

(1) D. l. 3. tit. 9. P. 5.
(2) D. l. 3.
(3) D. l. 3.
(4) D. l. 3.
(5) D. l. 3. l. 10. tit. 10. lib. 7. Recop.

Digitized by Google

è converso, ipse conferat: quod exemplis illustrat Callistratus in *d. l.* 4. §. 2.

9 Qui contributionem postulare voluerit, ex locato agere debet aut ex conducto cum magistro navis, prout ferat modus quo cum eo contraxit, quia inde pendet an mercator sit locator et magister conductor, vel vice versa, *d. l.* 2. *in pr.* et §§. 2. et 7. *hoc tit.* quæ ita videtur intelligenda, ut eam late exponit Anton. Fab. in *Ration.* nisi enim ita exponas, vel cum Glos. legas *ex locato* ubi legitur *ex conducto* in *dd.* §§. 2. et 7. sibi ipsi contraria erit. Cæterum progrediamur, quia nullus est hujus dissensionis fructus, cum idem consecuturus sit actor sive actionem appelles *locati*, sive *conducti*, sive etiam *præscriptis verbis* aut *in factum*, quia forte contractus inter vectores seu dominos mercium et navis magistrum initus, innominatus est, vel dubitatur an is sit locator, an conductor, *l.* 1. §. 1. *de præscr. verb.* Poterit autem magister navis conventus exigere contributionem ab eis, quos eam præstare oportet, vel per mercium quæ salvæ manserunt retentionem, vel per *locati*, *conducti*, aut *præscriptis verbis* actionem, *d. l.* 2. *d. l.* 1. §. 1. *de præcr. verb.* et dando læso quod exegerit; et quod ipse pro nave salva contribuere debet, liberabitur: si quis enim ex vectoribus solvendo non est, quia vel ejus merces aliis ante obligatæ erant, vel eas jam consumpsit, hoc detrimentum magistri navis non erit, *d. l.* 2. §. *si quis* 6. ubi et ratio: quia fortunas cujusque nauta, id est, magister, excutere non debet.

10 Sed et poterit liberari actiones suas vectoribus cedendo, ut communiter docent Interpretes arg. *l. quod debet* 51. *de pec.* quod facilius admittendum, quandoquidem non convenitur magister ex culpa sua, sed quasi in subsidium, propterea quod læsus cæteros qui merces salvas servarunt obligatos non habet, nec ex contractu vel quasi, neque ex delicto vel quasi. Poterat sane dici eos læso teneri eo obligationum genere, quæ æquitate dictante, nascuntur ex variis causarum figuris, arg. *l.* 32. *de reb. cred.* id tamen Jurisconsultis placuisse non invenimus, qui non in eos, sed in magistrum actionem dandam esse putarunt; ea forte ratione, quod ad hunc pertineat de jactus necessitate judicare, eumque jubere. Neque ea actio ipsum onerat, quia non tam agitur cum eo ut condemnetur suo nomine, quam ut cogatur agere contra alios, ut in *l. Julianus* 13. §. *pen. de act. empt. et vend.* cum *simil.* Plane, si damnum contigerit culpa vel imperitia magistri, eum teneri suo nomine actione legis Aquiliæ vel ex contractu, dicendum est, arg. *l. si servus* 27. §. *si* 29. *ad. l. Aquil.*

11 "In Hispania *l.* 3. *tit.* 9. "*P.* 5. congruens Romano juri "docet, contributioni faciendæ "ob jactum mercium non esse

» obnoxia corpora libera, propterea quod æstimationem non recipiunt, ut notavimus *sup.* in *margine num. 7.* Cæterum *l. 12. eod.* expresse statuit contribuere debere homines liberos corporis sui ratione pro modo suarum facultatum, ob redemptam ex piratis navem; quia id eis expedit, ne apud ipsos piratas remanere cogantur: cui accedit, quod hi etiam homines pretio æstimant, pecunias pro eorum redemptione exigentes: quod in Romanis legibus non invenimus. Præterea *l. 10. tit. 10. lib. 7. Recop.* statuere videtur, non aliter vectores pro mercibus suis servatis contributioni subjici, quam si jactui consenserint, ibi: *se acordaren de echar algunas cosas*; nisi malueris dicere; *legem* ita fuisse locutam exempli causa: formula tamen sub qua scripta est, conditionem redolet, quæ hanc interpretationem non admittit. Plane si major vectorum pars jactum probaverit, abs dubio etiam cæteri qui expresse illum contradixerunt, contributionem sustinebunt, ut in simili dicimus *infr. lib. 42. tit. 3. n. 5.* ex *l. 5. tit. 15. P. 5.* Si autem nolentium jactum pars fuerit major, non eos apud nos contributioni subderem: et forte eodem modo de jure Romano responderem, cum non aliàs jactus legitimus censendus sit, ut possit invitos onerare: atque ita exaudiri seu temperari poterit quod diximus *sup. n. 6.* tu tamen cogita.

TITULUS TERTIUS.

DE INSTITORIA ACTIONE.

Cod. lib. 4. tit. 25. (1).

1, 2. *et* 3. *Collatio hujus actionis cum exercitoria.*
4 *Lex præpositionis servanda est.*

1 Sicut contrahentes cum magistro navis habent adversus exercitorem actionem quæ *exercitoria* dicitur; ita et qui contrahunt cum eo qui alterius negotiationi præpositus est, eam habent quæ appellatur *institoria.* De his actionibus conjunctim egit Justinianus in *Inst. lib. 4. tit. 7.* §. 2. quia adeo sunt similes, ut vix ullam inter eas differentiam reperias. Recole igitur atque huc accommoda pro *hujus tit.* illustratione, quæ *ibi* et in *tit. 1. hujus lib.* diximus. Duo tantummodo *hic* addenda putamus: I. Pauli doctrinam in *l. 1.* §. *de exerc. act.* facilius scilicet admittendum in magistro navis, quam in insti-

(1) L. 7. tit. 1. P. 5.

tore, ut posit alium loco sui præponere, qui ut ipse magister sit. Propter utilitatem enim publicam ne contrahentes deciperentur, receptum est, magistrum esse illum, quem navi præposuit is qui ab exercitore præpositus fuerat, etiamsi præpositio illa ignorante exercitore sit facta. Idem juris erit, etsi exercitor sic magistrum præposuit, ne alium ei liceret præponere. Quinimo idem erit dicendum, licet ipse nominatim prohibuisset ne magister ab ipso præpositus Titio magistro uteretur. Eousque producenda est utilitas navigantium, ait Paulus in *d.* §. *5.*

2. In institore autem non æque hæc procedunt. Tenebitur utique institoria actione præponentis hæres, qui eodem institore utitur etiam ex contractibus cum eo celebratis post mortem præponentis, et ante aditam ipsius hæreditatem, ab eo qui id ignorabat, *l. 5.* §. *si ab alio 17. hoc tit.* Itemque, si impubes patri habenti institores hæres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, vel cum institore præposito à tutore post hujus mortem, dicendum erit in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui commercii, *l. si quis 17.* §. *2. eod.* At non invenimus cautum, ut possit institor alium institorem creare. Crediderim tamen, posse interdum id tolerari ratumque haberi, si casus nempe evenerit qui hoc exigeret propter publicam communis commercii utilitatem, ne contrahentes deciperentur, arg. *d. l. 1.* §. *5. et d. l. 17.* §. *2.* quandoquidem non minus actionem hanc quam exercitoriam introduxit Prætor naturalem æquitatem secutus in publici commercii utilitatem, ne decipiantur contrahentes. Et sane id videtur significare voluisse Paulum in *d.* §. *5.* cum ait *facilius* id admissum in magistro quam in institore, quasi diceret, locum id quoque habere posse in institore, sed non æque facile. Plane nedum tutorem curatoremve, sed etiam procuratorem posse institorem præponere, expresse docet Ulp. in *l. cuicumque 5.* §. *ult. hoc tit.*

3. Ipsa vero æquitas dictat, ut favorabilior sit causa exercitoriæ actionis quam institoriæ, ut proinde illa et non hæc habeat locum in exemplis quæ retulimus *n. 1. in fin.* ex *d. l. 1.* §. *5.* Rationem pulchre pinxit Paulus in *l. 1. de exerc. act.* ubi probans majorem necessitatem contrahendi cum magistro, quam institore, ait: *Quippe res patitur, ut de conditione quis institori despiciat, et sic contrahat, in magistro non ita: nam interdum locus et tempus non patitur plenius deliberandi consilium.* Æquissima itaque est ipsius Pauli doctrina, cujus *d. n. 1.* meminimus.

4 Alterum quod memorandum superest eadem suadet æquitas, ut nempe lex præpositionis, quæ utique servanda est, *l. sed si 11.* §. *5. hoc tit.* non ad verba, sed ex æquo et bono inter-

Digitized by Google

pretetur prout fuisse putetur præponentis voluntas. Si quis itaque pecuniam crediderit institori ad emendas merces præposito, locus huic actioni erit. Idemque si ad pensionem pro taberna exsolvenda, *d. l. 5. §. sed si 15. eod.* Id ipsum obtinebit, si ei quem ad vendendum emendumve oleum præposui, mutuum oleum datum sit, *d. l. 5. §. 14.* nisi prohibitus fuit mutuari, *d. §. 13.*

TITULUS QUARTUS.

DE TRIBUTORIA ACTIONE.

1 *Actio tributoria in hæredes datur in quantum ad hæredes pervenit: et dominus mercibus cedendo ea liberatur.*

1 Hujus actionis definitionem attulimus in *Inst. lib. 4. tit. 7. §. 3.* Ea autem accurate perlecta, simul cum ipso §. 3. et quod in §. 4. *seq. n.* 2. dicimus conferentes actionem istam cum aliis, vix quidquam in hoc argumento desiderabis. Solum addimus, hanc tributoriam actionem perpetuam esse, et in hæredem dari de eo duntaxat quod ad eum pervenit, *l. 7. §. ult. hoc tit.* quia licet ex parte actoris rei persecutoria sit, quatenus rei persecutionem continet, *l. 8. eod.* ex parte tamen rei pœnalis censetur, utpote in dolum concepta est seu dolum tantum coercet, *d. l. 7. §. 2.* cum *seq.* quæ autem hujus sunt generis, ita in hæredem dantur, ut ostendimus in *Inst. §. 1. de perp. et tempor. act. n. 6.* cum *duob. seqq.* Illud quoque monere placet, posse dominum ab hac actione liberari, mercibus cedendo, *d. l. 7. §. 1.*

TITULUS QUINTUS.

QUOD CUM EO QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

1 *Agitur de actione qua ipse filiusfam. tenetur.*
2 *et* 3 *Quando et quomodo locus sit huic actioni.*
4 *Quando qui dum filiusfam. erat contraxit, in solidum condamnetur.*
5 *Cur extra casus* n. *præced. concessum sit filio beneficium competentiæ.*

1 Actum est hactenus de quibusdam actionibus quæ in dominos et patres conoeduntur ex ne-

gotiis cum eorum servis seu filiis contractis; tresque remanent de quibus postmodum tractatur in *tiit. 1. 3. et 4. libri sed.* Eas omnes complexus est Justinianus in *Inst. lib. 4. tit. 7.* in cujus *commentar.* præcipua seu scitu digniora attigimus: atque idcirco in his argumentis exponendis breviores nunc sumus. In *hoc* autem *tit.* de actione agitur, qua ipse filiusfam. qui contraxit, tenetur.

2. Cum in servum nulla obligatio civilis cadere possit, sed tantum naturalis, *l. servi 14. de obl. et act.* duntaxat exaudiendus est *hic tit.* et leges ejus loquuntur de negotiis gestis cum filiisfamilias. *Si quis cum filiofam. contraxerit*, ait Ulpian. in *l. si quis 44. de pecul. duos habet debitores: filium in solidum, et patrem duntaxat de peculio:* quod etiam extra causam pecuhii in filio obtinent: nam in omnibus causis filiusfam. obligatur tanquam paterfamilias, et ob id agi cum eo tanquam cum patrefam. potest, *l. filiusfamilias 19. de obl. et act.* Actio autem quæ in eum datur, differtur quoad solutionis effectum donec pater moriatur, vel ipse alio modo è patris exeat potestate, *l. 5. hoc tit.* ut recte monet Heinn. *hoc tit.* Quamvis vero filiorumfam. obligationes per capitis eorum deminutionem amittebantur jure civile, manentibus ipsis solum naturaliter obligatis, *l. 2. §. 2. de cap. minut.* tamen Prætor eas restituit, quasi nulla capitis deminutio contigere, *d. l. 2. §. 1.* Quare Prætor æqua lance consideravit eos, qui per capitis deminutionem, ac illos qui alio modo ex potestate patris exierunt, *d. l. 5. hoc tit.* et utrisque prospexit eis concedendo, causa tamen cognita, beneficium quod *competentiæ* apellatur, id est, ut condemnentur tantum in id quod facere possunt: quo quid significetur exposuimus in *Inst. §. ult. de act.*

3. In eum itaque, qui emancipatus aut exhæredatus erit, quive abstinuerit se ab hæreditate patris, ejus rei nomine quæ cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive jussu patris, sive ratione peculii, actio in id quod facere possit, causa cognita, dabitur, *l. 2. hoc tit.* Idem juris erit, si filius hæres patri exiiterit ex minima parte, *d. l. 2. §. 1.* ubi bene advertit Ant. Fab. vel delendum esse verbum *naturalis*, vel pro eo reponendum cum Cujacio *adoptivus.* Quinimo etsi ex parte non modica hæres sit scriptus, æstimare debebit Judex, ne forte in id quod facere potest, debeat conveniri, *l. 4. eod.* ut puta si hæreditas fuerit tenuis, ut pars ejus licet non modica, minima tamen in valore sit, ut solvendo debito non sufficiat, ut id explicat Voet. *hoc tit. n. 1.* Idem erit dicendum, etiamsi filiusfamilias vivo patre conventus et condemnatus sit: nam in emancipatum, vel exhæredatum postea, judicati actio in id quod facere potest danda erit, *l. 5. eod.* Neque id turbat quod dicatur in potestate creditoris esse, eum in

Digitized by Google

solidum convenire, *l. 7. eod.* quia *ibid.* dicitur condemnandum in quantum facere potest.

4 Interdum autem etsi exhæredatus filius vel emancipatus sit, in solidum actio adversus eum dabitur: veluti si patremfam. se mentitus est cum contraheretur cum eo, *d. l. 4. §. 1.* vel si ei exhæredato, ex senatusc. Trebelliano hæreditas patris restituta sit: quia effectu quodammodo hæres est, *d. l. 5. §. 1.* Sicuti è contrario, si coactus immiscuerit se ut restituat hæreditatem, perinde observandum est ac si se abstinuisset, *d. l. 5. §. 2.* In solidum quoque, et non tantum in id quod facere potest, condemnabitur filius, si non ex continenti, sed post multos annos (à die quo sui juris sit factus, intelligimus cum Anton. Fab. *hic*) cum eo agatur, ut id unum ex iis sit in quibus causæ cognitio vertatur, *d. l. 4. §. 4.* Idem denique obtinere quando filius non ex contractu, sed ex delictis convenitur, certum est, *d. l. 4. §. 2.*

5 Illud tandem, antequam hinc abeamus, considerandum, indulgentiæ æquitatem qua Prætor novis patribusfam. consuluit, obscuram non esse. Cum enim commodum ex contractibus filiorumfam. non sit tam filii, quam patris, iniquum esset, præter actionem quam is qui contraxit patris potius, quam filii fidem plerumque secutus, habet cum patre de peculio, in rem verso, et similis, aliam ei dari qua ab ipso filio solidum consequi posset. Deinde movit quoque Prætorem humanitatis ratio, quæ cum recentibus patribusfam. habenda, quorum facultates nullæ aut tenues esse solent, nisi paternam hæreditatem fuerint consecuti: quo casu, indulgentia cessante, in solidum tenebuntur: atque hac fortasse causa, duntaxat beneficium competentia habet illo cum quo agitur non post multos annos ex quo factus fuit sui juris, ut monuimus *n. præcedi. ex d. l. 4. §. 4. hoc sit.* Denique cum hoc beneficium non concedatur nisi causa cognita, *d. l. 2. eod.* nihil habent creditores de quo conqueri possint: maxime cum agere ante cum patre potuerint pluribus viis recensitis à Cajo in *l. 1. eod.* quas prospiciens ait in *eod. l.* desumpta ex *lib. 9. ad edictum provinciale*, omnia Proconsulem agere, ut qui contraxit cum eo qui in aliena potestate sit, in quantum ex æquo et bono res patitur, suum consequatur.

TITULUS SEXTUS.

DE SENATUSCONSULTO MACEDONIANO.

Cod. lib. 4. tit. 28. (1).

1 *Quis huic senatusc. occasionem dederit.*
2 *Ei locum facit ipsa pecuniæ numeratio.*
3 *Cui nocuerat exceptio hujus senatusc.*
4 *Et in Quibus prosit: et quando cesset.*
6 *Huic exceptioni renunciari non potest.*
7 *Jus Hispanum.*

1 Præcipua quæ ad *hujus tit.* argumentum pertinet, habes in *Instit. lib. 4. tit. 7. §. 7.* et ejusdem §. *commentario.* Cætera, quæ magis digna scitu videri possunt, *hic* breviter addenda. Huic senatusconsulto occasionem dedit improbus homo *Macedo* vocatus, ex quo nomen sortitum est. An autem homo iste fuerit fœnerator qui mutuas pecunias dabat, vel filiusfam. qui accipiebat, quæstio est, quæ licet plures hinc inde propugnatores habeat, nullum usquam ex ea fructum Jurisprudentia capiet: quia quidquid sit de unaquaque opinione, certum semper erit, prohiberi hoc senatusconsulto ne filiisfam. pecunia numerata mutua detur, ob causas quæ in *l. 1. hoc tit.* et in *d. §. 7. Instit.* recensentur.

2 Huic senatusconsulti prohibitioni locum facit ipsa pecuniæ numeratio, non sola conventio de numeratione faciendæ, etsi stipulatione firmata fuerit. Si ergo à filiofam. stipulatus sim, et patrifam. facto crediderim, prohibitio cessabit, quia mutua pecunia jam patrifam. data est, *l. 3. §. 1. hoc tit.* cum *l. seq.* Contrà dicetur, prohibitionem obtinere, si cum à patrefam. stipulatus sis, credas postea filiofam. facto, quia, ut ait Scævola in *l. 6. eod.* expleta est numeratione substantia obligationis: et senatusconsultum mutuam pecuniam dare prohibuit, *d. l. 1. eod.*

3 Non solum ei qui contra senatusconsultum pecuniam dedisset; sed et successoribus ejus deneganda est actio. Quare si alius mutuam pecuniam dedit, alius eandem stipulatus est, dabitur et adversus hunc exceptio, licet ipse non dederit, *l. 7. §. non solum 6.* cum *seq. eod.* Non itaque nocet prohibitio duntaxat successoribus universalibus mutuantis; sed etiam singularibus qui tantum in ea mutui causa successerunt. Dum

(1) L. 4. cum duab. seqq. tit. 1. P. 5.

autem senatusconsultum voluit ne actio petitioque daretur ob mutuatam pecuniam, de actione efficaci tantummodo intelligendum videtur, ut illud intellexit Glos. in *d. l. 1.* et probat Ant. Per. in *C. hoc. tit. n. 7.* ex *l. 11. ff. et 6. C. eod.* Recedimus ergo aliquantulum ab eo quod diximus in *laud. §. 7. Inst. n. 3.* Quia tamen obligatio naturalis permanet, et ob pœnam creditoris exceptio conceditur, si mutua pecunia fuerit soluta, non repetetur, *l. sed si 9. §. pen. et ult.* cum *l. seq. hoc tit. l. 40. de cond. indeb.* (1): nisi quis eam quasi debitam per errorem facti solvisset, per ea quæ diximus in *Inst. in rub. de obl. n. 10.* et in *§. 6. de obl. quæ quasi ex contr. nascuntur. 7.*

4 Exceptio hujus senatusconsulti qua actio mutuantis infirmatur, nedum competit filio qui pecuniam mutuam accepit, sive in potestate patris adhuc existenti, sive sui juris facto, *d. l. 1. di §. 7.* patrique avove ejus, sive eum habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit, *d. §. 7.* sed etiam fidejussoribus (2) et mandatoribus qui mandati regressum adversus filium patremve habeant; si vero non habuerint, quia animo donandi intercesserunt, senatusconsultum locum non habebit, *l. sed si 9. §. non solum 3. hoc tit.* Idemque erit etsi non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt: quia totus contractus à patre videbitur comprobatus, *d. l. 9. §. 3.* sufficit autem ut cesset senatusc. quod sciente patre filio sit creditum, *l. 12. eod.* vel postea pater ratum habuerit; ut putà si solvere cœperit pecuniam quam filius mutuam sumpserat, *l. item 7. §. hoc amplius 15. eod.* (3).

5 Ex persona filii cessat quoque exceptio seu senatusc. si cum filiusfam. mutuam pecuniam à te accepit, se patremfam. dixit, et ejus affirmationi te justa ratione credidisse edocere potes, *l. 1. C. eod.* (4). Neque necesse est, ut verbis dixeris: sufficiet si quæ ab eo vel cum eo aguntur id suadeant. Si quis itaque, eum cui mutuavit patremfamil. esse crediderit, non vana simplicitate deceptus nec juris ignorantia, sed quia publice paterfam. plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur; cessabit senatusconsult. *l. 3. ff. hoc. tit.* (5): idque ipsum significare vult Pompon. quando ex sententia Juliani definit in *l. Julianus 19. eod.* exceptionem hanc nulli obstare, nisi ei qui sciret aut scire potuisset, filiumfam. esse eum cui credebat. Idem obtinebit, si filius sui juris factus debitum agnoverit, veluti illud solverit, adeo ut si partem solverit, eam non repetat, et pro non soluta cesset senatusc. *d. l. 7. §. ult. hoc tit.* (6). Quamvis si rem pig-

(1) L. 4. tit. 1. P. 5.
(2) D. l. 4.
(3) L. 6. eod.
(4) D. l. 4.
(5) D. l. 4.
(6) D. l. 6.

nori dederit, exceptio ei denegabitur usque ad pignoris quantitatem duntaxat, *d. l. 9. eod.* Discriminis ratio cur in hoc casu non cesset in totum exceptio ut in præcedente, non una affertur ab Interpretibus, ut patet ex Voet, et Zoes. *hoc. tit.* Anton. Per. *C. eod.* aliisque. Non displicet conjectura Gerar. Noodt etiam *hoc tit. vers. At non*, existimantis magis ab auctoritate alicujus olim regnum in foro habentis, celebris puta Jurisconsulti, quam à certa ratione eam proficisci.

6 Cum exceptio ista non ob favorem filiifam. sed odio fœneratorum concessa sit, *l. qui 40. de cond. ind.* non poterit ei filiusfam. renunciare, ut communiter docent DD. arg. *l. pen. C. de pact.* Nec juramento firmabitur hujusmodi renuntiatio, ut bene probant laudati Voet, Zoes. et Ant. Per. *ubi sup.* quia præterquam quod in præjudicium patris vergeret, ea admissa facillime eluderetur saluberrima bono publico senatusconsulti prohibitio, cum ingenti morum filiorumfamil. corruptione, quam avertere tollere senatusconsultum curavit. D. tamen Covar. contrarius est in *cap. Quamvis de pact. par. 2. §. 3. n. 6.* Quid de hujusmodi juramentis placeat nobis, ostendimus in *tit. de minor. XXV. an. n. 30.* et læti videmus passim has scrupulositates æquitati non consonas in Tribunalibus contemni. Illud denique monendum superest, exceptionem hanc etiam post sententiam opponi posse: quare si non opposita exceptione condemnatus fueris, poteris postea eauti, *l. tamen 11. hoc tit.*

7 » In Hispania hodie attenta lege lata à Philippo 2. anno 1558. quæ est 22. *tit 11. lib. 1. Recop.* et cujus doctrinam » descripsimus in *Inst. lib. 4. tit. 7.* » §. 7. censent communiter DD. » nostri, juramentum in hujusmodi mutuo præstitum nullum omnino futurum, sicut et ipsum » contractum nullam obligationem » nec naturalem quidem producturum, neque fidejussores admissurum, Azev. in *d. l. 22.* » Matien. *ibid. gloss. 5. 7. et 8.* » aliique adducti ab Ayllon in *not.* » ad Ant. Gom. 2. *var. cap. 6. n. 3.*

LIBER XV.

TITULUS PRIMUS.

DE PECULIO.

Cod. lib. 4. tit. 26.

Copiose actum est de *huj. tit.* argumento in *Inst. lib. 2. tit. 9. §§. 1. et 2.* in *lib. 4. tit. 6. §. 10.* et in *eod. lib. 4. tit. 7. §. 4.* et obiter *alibi*: adeo ut nihil addendum putemus.

TITULUS SECUNDUS.

QUANDO ACTIO DE PECULIO ANNALIS EST.

1 *Ratio introducendi hanc actionem.*
2 *Annus in ea computandus, utilis est ratione initii.*
3 *Adversus quem detur.*

1 Actionem de peculio perpetuam esse, certum est, ut de ea diximus in *Inst. lib. 4. tit. 12. in pr. n. 5.* quia tales sunt omnes rei persecutoriæ, etsi prætoriæ sint, *l. in honorariis 35. de obl. et act.* Cæterum cum hæc licet in personam sit, utpote ex contractu descendens, naturam actionum in rem in eo imitetur, quod semper in peculii possessorem intendatur; consequens huic fuit ut extincto peculio, quod cessante patria vel dominica potestate contingit, ipsa actio extingueretur. Ne igitur rigor iste nimium eos, qui cum filiofam. vel servo contraxerant, læderet, voluit Prætor dum hoc evenerit, sive per mortem vel emancipationem filii, aliamve viam, sive per mortem, manumissionem, vel allenationem servi, actionem dare de peculio; atque etiam si quid dolo malo ejus, in cujus potestate est, factum fuerit quominus peculii esset, temporalem tamen, in anno quo primum de ea re experiundi potestas esset, *l. 1. in pr. et §§. 3. et 4. hoc tit.* quæ annalis actio *huj. tit.* argumentum est.

2 Actio itaque de peculio quæ perpetua est quandiu servus vel filius in potestate est, post hanc finitam, temporaria esse in-

Digitized by Google

cipit, id est, annalis, *d. l.* 1. §. 1. Annus autem non continuus est, sed utilis ratione initii. Et ideo si conditionalis sit obligatio, non ex quo cessabit potestas computabitur; sed ex quo res peti potuit conditione existente, *d. l.* 1. §. 2. Quia vero Prætoris voluntas non fuit prorogandi, sed coarctandi actionem, quæ antea brevior erat, talis permanet, ut de actione redhibitoria, quæ 6. menses durat, docet Paulus in *l.* 2. *eod.*

3 Datur hæc actio adversus patrem, quemadmodum contra eum perpetua esset, potestate durante, *d. l.* 2. Sed si morte patris vel deportatione, sui juris effectus fuerit filius, de peculio intra annum hæres patris vel fiscus tenebuntur, *d. l.* 1. §. 4.

TITULUS TERTIUS.

DE IN REM VERSO.

Cod. lib. 4. tit. 26.

1 *Quid veniat in hanc actionem.*
2 *Non datur quando per filium stetit ne in rem patris acceptum sit versum: et cur in hoc differat ab action. exercitoria et institoria.*
3 *Competit hæc actio etsi non ab initio, sed postea versum sit.*
4 *De impensis voluptariis.*

1. Actio, quæ *de in rem verso* dicitur, proponitur, exemplisque illustratur à Justiniano in *Inst. lib.* 4. *tit.* 7. §. 4. in cujus *commentario*, nonnulla quæ *ibi* tradi oportebat, memoravimus: pauca quæ *hic* addi, operæ pretium esse potest, recenseamus breviter. Venit quidem præcipue in hanc actionem quod in res necessarias domino aut patri impensum est, cujus plurima habemus exempla in *d.* §. 4. et in *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* Nec requiritur ut id reapse in domini necessitatem consumptum sit: sufficiet in hunc finem fuisse plene destinatum. Si filius itaque frumentum comparavit ad alendam patris familiam, et in horreo paterno reposuit, et periit, quia corruptum est, vel arsit, in rem patris versum dicetur, *d. l.* 3. §. *unde* 7.

2 Plane, si filius sic accepit quasi in rem patris verteretur, nec vertit, et creditorem decepit, aliud erit dicendum: quia non videtur versum, nec pater hac actione tenebitur: ne credulitas creditoris, vel calliditas filii patri noceret. Amplia assertum, etiamsi is fuit filius qui solitus erat accipiens vertere; sive alia mente acceperit, sive hac mente, et postea alio vertit: curiosus igitur de-

Digitized by Google

bet esse creditor quo vertatur, *d. l. 3. §. sed si 9. hoc tit.* Benignius itaque cum patre hic agitur, quam cum disputatur de actionibus exercitoria vel institoria: nam ut his locus fiat, sufficit quod hac lege magister (idem de institore) acceperit, quasi in navem impensurus, etsi mox mutaverit voluntatem. Quinimo idem obtinebit, licet ab initio animum fraudandi creditorem habuerit, dummodo expresserit, *quod ad causam navis accipiebat, l. 1. §. unde 9. l. fin. §. ult. de exercit. act.* Nec obscura est discriminis ratio: quia actio de in rem verso introducta est in patrem non ex ejus voluntate, sed ne locupletior fiat cum creditoris jactura; lucrum autem non habet, nisi quatenus in rem ipsius est versum. At exercitor magistrum navi præponens voluntatem habet suscipiendi obligationes ex ejus contractibus, tacitum de eo mandatum contrahens. Sibi igitur imputare debet cur talem præposuerit; nec à contrahentibus exigendum, ut curam suscipiant, an in hanc rem pecunia eroganda sit, ut in *dd. text.* expressum est. Eadem ratione si in pretiis rerum fefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris, *d. l. 1. §. 10.* Sane ea debet observare qui pecunias mutuas dederit, quæ ex Africano in *d. l. fin.* notavimus in *Inst. lib. 4. tit. 7. §. 2. n. 8.*

3 Illud vero hanc actionem non turbat, quod acceptum prius in peculium vel aliud, et mox in rem patris sit versum, *d. l. 3. §. 1. hoc tit.* Hoc autem totiens verum erit, quotiens filius rem patris gerens, locupletiorem eum facit nummis peculiaribus, *l. si res 5. §. 3. eod.* cum tunc adsit ratio, ne dominus cum aliena jactura locupletior fiat, quæ huic actioni locum facit.

4 In *§. 4. Instit.* quem laudavimus *sup. n. 1.* diximus in hanc actionem venire quidquid in rem patris versum est sive necessario, sive utiliter, eo solo discrimine, quod in impensis non necessariis seu utilibus non amplius intelligatur versum, quam verum rei pretium, in necessariis autem pretium conventum ex *l. 5. hoc tit.* Quod vero ex voluptate impensum est, non venit. Quare si filius mutua pecunia accepta domum paternam exornavit textoriis vel aliis quibusdam quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum: quia nec procurator hæc imputaret, *d. l. 3. §. sed si 4. eod.* Pater tamen pati debebit creditorem hæc auferre quæ possit sine domus suæ jactura, *d. l. 3. §. 4. l. 9. de impens. in res dot. fac.* Et regulariter dicendum, de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit filius, ut aut meliorem rem pater haberet, aut non deteriorem, *d. l. 3. §. 2.* atque etiam si voluntate patris quoquo modo sit versum. Finge, filium volenti

Digitized by Google

patri subministrasse mutuatam pecuniam ad delicias vel etiam ad turpes sumptus; in rem ejus versum esse dicemus. Neque enim spectamus, an bono patris cesserit quod consumptum est; sed an in negotium ejus, *d. l. 3. §. necnon 6.*

TITULUS QUARTUS.

QUOD JUSSU.

Cod. lib. 4. tit. 26.

Clara est actio *quod jussu*; et quæ de ea *hic* dici poterant, habes in *Inst. lib. 4. tit. 7. §. 1.*

LIBER XVI.

TILULUS PRIMUS.

AD SENATUSCONSULTUM VELLEJANUM.

Cod. lib. 4. tit. 29. (1).

1 *Ratio methodi: et quod non est certa hujus senatusc. ætas.*
2 *Hoc senatusc. plene succursum est mulieribus pro alio intercedentibus, et quare.*
3 *et* 4 *Quando mulier intercedere dicatur, ut exceptio hujus senat. habeat locum.*
5, 6, 7, 8, *et* 9 *Recensentur casus in quibus senatuscons. cessat.*
10 *et* 11 *Quando obligationes mulierum, quæ pro alio intercesserunt, valeant ipso jure, et quando non: et quibus et adversus quos exceptio competat.*
12 *Quid contingat in illis pro quibus mulier intercessit.*
13 *Jus Hispanum.*

1 Recte notant *hic* Noodt et Heinn. *tit. istum* proponi *hoc loco*, propter affinitatem ejus materiæ cum negotiis ex quibus alius quam qui gessit obligatur, de quibus actum in *præced.* huncque ordinem

(3) L. 4. *cum* seq. tit. 12. P. 5.

non tantum à Justiniano in *Pandectis*, sed etiam à Juliano in edicto perpetuo fuisse observatum, probat ipse Nood. Licet autem Interpretes communiter sentiant hoc senatusconsultum temporibus Claudii Imperatoris prodiisse, non est omnino certa ejus ætas.

2 Cum edictis Augusti et Claudii interdictum jam esset, ne feminæ pro viris suis intercederent, *l. 2. hoc tit.* secutum est senatusconsultum Vellejanum quo plenissime comprehensum est, ne pro ullo intercederent, *l. 1. eod.* cum *l. seq.* §. 1. (1), ubi verba senatusconsulti referuntur. Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis, ita multo magis adimendum eis visum est id officium, in quo non solùm opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris, *d. l. 1.* §. *1.* Et quia hoc senatusconsulto prohibita fuit feminarum intercessio, illud senatusconsultum de *intercessionibus* appellavit Marcianus in *l. qui 40. de cond. indeb.* Et sane laudanda est Senatus providentia, ut ait Ulp. in *d. l. 2.* §. *2.* quia opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem multis hujuscemodi casibus suppositis, atque objectis, sive deceptis. Hac autem prohibitione effectum est, ut exceptio perpetua, quæ *senatusconsulti Vellejani* dicitur, daretur mulieribus quæ pro alio intercesserunt, *l. si mulier. 23. hoc tit.* earumque hæredibus, *l. hæredes 20. C. eod.*

3 Intercedere pro alio est: *Obligationem alienam sive veterem sive novam in se recipere; l. quamvis 8.* §. *1. hoc tit.* Qualemcumque igitur alienam obligationem in se mulier suscipiat, exceptione hujus senatusc. juvabitur, *l. 4. l. 18. C. hoc tit.*. Veterem appellamus quæ in alterius persona ante constitit; quam mulier suscipere potest vel eam in se transferendo, vel eam participando: alterutro autem modo id evenerit, exceptionem habebit, *d. l. 4.* Transferendo obligationem alienam suscipit, vel reum defendendo, vel pro eo expromittendo, *l. 2.* §. *ult. l. 8.* §. *Marcellus 9. hoc tit.* in quibus idcirco inanis pronunciatur obligatio mulieris (2). Similiter exceptioni locus erit, si mulier veterem obligationem participaverit, id est, ei accesserit, putà fidejubendo, *l. 2.* §. *1. l. 23.* §. *1. eod.* constituendo, *l. 1.* §. *1. de pec. const. d. l. 4. C. hoc tit.* mandando, *l. 6.* cum *seq. hoc tit.* pignora dando, *l. 8. eod.*

4 Idem juris erit, si mulier novam alterius obligationem susceperit: quod evenit, cum ipsa se ab initio rem constituit, alio pecuniam accipiente, *d. l. 4.* et ut generaliter responderunt Diocl. et Maxim. in *l. cum ad eas 19. eod.* etiam ad eas obligationes quæ ex mulieris persona calliditate creditoris sumpserunt primordium, decretum hujus senatusc. pertinet. Si ergo cum essem tecum contracturus,

(1) D. l. 2.

(2) L. 17. tit. 14. P. 5.

Digitized by Google

mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse, *d. l. 8. §. si cum 14. hoc tit. d. l. 19.* Animadvertere autem oportet notabile discrimen inter casum quo vetus sit obligatio suscepta à muliere, et eum quo fuerit nova, traditum in *l. vir uxori 17. hoc tit.* ut in illo exceptionem non impediat ignorantia creditoris, ipsique noceat quod diligentior non fuerit: quod contra est quando obligatio est nova: cui consona est *l. 4. eod.* Unde si mulier tanquam in suos usus pecuniam acceperit, alii creditura, hocque creditor ignoraverit, exceptio cessabit: alioquin nemo cum feminis contraheret: quia ignorari potest quid acturæ sint, *l. 11. eod.* cum *l. seq.*

5. Cessabit quoque si obligatio quam suscipit mulier prima facie aliena videtur: revera autem sua est: veluti si hæreditatem emerit, et æs alienum hæreditarium in se transcribat, cujus solutio etsi aliena videatur utpote ad venditorem pertinens, tamen obligatio mulierem onerat, quia ad emptores hæreditatum onera hæreditaria transferuntur, per ea quæ dicemus *inf. tit. de hæred. vel act. vend.* aut si pro fidejussore suo intercedat, *l. 13. eod.* (1). Eodem recidit, si mulier pro alio intercedat, sed in rem suam, *l. 3. l. 21. l. 22. eod.* (2)

6. Cessat etiam exceptio aliis casibus: I. si mulier callide sit versata: quia senatusc. deceptis, non decipientibus opitulatur; et infirmitas feminarum, non calliditas auxilium meruit, *l. 2. §. 3. eod.* (3). II. si debitum pro quo fidejusserat ab ipso debitore acceperit: quia tunc non periclitatur, ne eam pecuniam perdat, cum jam eam habeat, *l. si mulier 16. eod.* III. si fuerit probatum eam aliquid accepisse, ut intercederet, sive ab initio, sive postea, *l. antiquæ 23. C. eod.* (4). Mulieri igitur quæ pecunias vel res acceperit, ut pro aliquo sese obligaret, nullus patebit aditus ad senatusconsulti auctoritatem: et creditori licebit adversus eam venire, et quod possit ab ea exigere; et in reliquum antiquum debitorem aggredi, *d. l. 23. §. sed si minus 1.* quod utique intelligendum de muliere, quæ veterem obligationem in se transferendo sese obligavit, non de ea quæ per fidejussionem, quandoquidem isti ordinis beneficium competeret, ut non nisi excusso debitore conveniri posset.

7. IV. Beneficium exceptionis non habebit illa mulier quæ perfectæ ætatis constituta, post biennium quam intercesserat, suam intercessionem ratam habuit: quia sibi imputare debet si quod sæpius cogitare potuit et evitare, non fecit: et videtur ex hujusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se il-

(1) L. 3. tit. 12. P. 5. vers. *La setena.*

(2) D. l. 3. ibid.

(3) D. l. 3. vers. *La sesta.*

(4) D. l. 3. vers. *La quinta.*

Digitized by Google

ligare, sed pro sua causa aliquid agere, et ex ratihabitione seu secunda cautione se obnoxiam facere in quantum hoc fecit, ut loquitur Justinianus in *l. si mulier 22. eod.* (1). Ab hac tamen regula excipi obligationes illas quas fecerint mulieres pro viris suis, voluit ipse Justinianus in *novel. 134. cap. 8.* unde *auth.* Si qua mulier, *C. eod.* quas nec multoties repetitas valere, statuit. V. denegatur quoque hoc beneficium ex communi sententia, mulieri quæ illi renunciavit specialiter; hujusmodi enim renunciatio tanquam valida producit effectum, *l. ult. §. pen. hoc. tit.* (2): imo et ut fiat coram Judice, jubetur matri et aviæ quæ ad tutelam filiorum vel nepotum suorum aspirant, *l. ult. C. quond. mul. tut. offic. fung. pot.* (3). Hoc ideo est: quia auxilium istud non conceditur odio contrahentium, ut de Macedoniano diximus in *suo tit. n. 6.* concessum fuisse fœneratorum odio: sed ob solum favorem feminarum; notissimum autem est, posse quemquam beneficio sui favore introducto renunciare, *l. si judex 41. de minor. XXV. ann. l. pen. C. de pact.* Animadverte tamen, quod licet hæc opinio communior sit, *lege* Hispaniæ, quam modo laudavimus probata, et moribus ubique fere recepta: tamen, si ex solo Romanorum jure examinetur, eam contrariæ cedere debere putamus, ut pluribus solidis argumentis probant Donel. *lib. 12. comment. cap. 32. vers. Quartum*, Vinn. *lib. 1. select. quæst. cap. 48.* et Averan. *lib. 2. interpret. jur. cap. 5.* contraria solventes, et in *dd. ll. ult. §. pen. hoc tit.* et *ult. C. quand. mul.* specialem rationem esse ostendentes. VI. hoc beneficio non utetur mulier, quæ apud minorem pro alio intercesserit, si hic prior debitor solvendo non fuerit, *l. si apud minorem 12. de minor. XXV. ann.* ex qua recte Interpretes notant, privilegium ætatis Vellejano potentius esse: quod etiam clare probat *l. si mulier 32. hoc tit.* et monuimus *sup. tit. de minor. num. 12.*

8 Sed et sunt duæ causæ quarum favore hujus senatusc. auctoritas locum non habet. Prima est causa dotis, ut Valer. et Gallen. responderunt in *l. 12. C. hoc tit.* (4). Et Justinianus generaliter sancivit, ne mulieres fierent indotatæ in *l. ult. eod.* idque ipsum docuerat jam Paul. in *l. promittendo 41. de jur dot.* Altera est causa libertatis: veluti si quis ut servo suo manumissionem imponat, mulierem acceperit obnoxiam sese pro certa quantitate facientem: si enim is in libertatem servum perduxerit, sive principaliter mulier sese obligavit, sive pro servo, teneri eam omnimodo, et senatusc. Vellejanum in hoc casu tacere, idem Justinianus sancivit,

(1) D. l. 3. vers. *La cuarta.*
(2) D. l. 3. vers. *La tercera.*
(3) L. 4. tit. 16. P. 6.
(4) D. l. 3. tit. 12. P. 5. vers. *La segunda.*

Digitized by Google

veterem ambiguitatem decidens, in *l. veterum penult. C. hoc tit.* (1).

9. Quia senatusconsult. duntaxat prohibuit, ne feminæ pro aliis intercederent, sive viris, sive feminis, Paul. *l. 2. sent. tit. 11.* sive extraneis, sive cognatis, sive patre filiove, *l. 2. §. ult. hoc tit.* palam est, nullum habere locum in negotiis et contractibus quos mulieres non pro aliis, sed pro se ineunt. Cessabit itaque, sive mulier donaverit; sive pecuniam solvendi causa numeraverit aut quamlibet suam rem in solutum dederit; sive vendiderit rem suam; sive pretium acceptum pro alio solverit; sive emptorem aliumve debitorem suum creditori alieno delegaverit; sive denique pignora reddiderit, *l. 4. §. 1. l. 5. l 8. in pr.* et §. 5. *hoc tit.* quia ut dicitur in *d. l. 4. §. 1.* Senatus obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti, propterea quod facilius se mulier obligat, quam alicui donat. Si tamen in fraudem senatusconsulti hæc fuerint facta, prohibitio vigebit, *l. 29. §. ult. eod.*

10. Non est effectum senatusconsulto ut mulierum intercessiones irritæ sint ipso jure; sed eas inefficaces reddit, perpetuam adversus eas exceptionem tribuens, *l. 8. §. 12. l. 23. hoc tit. l. 9. l. 14. C. eod.* et *passim.* Postmodum vero Justinianus in *l. antiquæ 23. §. ult. C. hoc tit.* eas tantummodo quæ instrumento publico et à tribus testibus subsignato firmatæ essent, in hac classe conservavit: cæteras pro nihilo haberi voluit, quasi non fuissent confectæ, quin proinde auxilium senatusc. implorari debeat nec possit, obligatione prorsus deficiente. In conservatis autem probavit, ut omnia quæ ante in eis observabantur, salva manerent. Nascitur itaque ex eis exceptio quæ competit nedum ipsis mulieribus quæ intercesserunt pro alio, earumque hæredibus, ut obiter monuimus *sup. n. 2.* sed etiam ipsarum fidejussoribus, et mandatariis, *l. 6. l. 8. §. 4. l. 16. §. 1. hoc tit. l. 14. l. 15. C. eod.* adversus eos pro quibus mulier intercessit eorumque hæredes, *l. 10. hoc. tit.* Quod procedit, etiamsi mulieris fidejussor talis fuerit ut non haberet contra eam mandati actionem, *d. l. 16. §. 1.* ubi ex duplex ratio: *quia totam obligationem senatus improbat*, id est, mulieris intercessionem, et accessionem fidejussoris: *et à Prætore restituitur prior debitor creditori*: quod efficit, ut nihil habeat creditor de quo conqueratur. Ex qua duplici ratione, & quia favores sunt ampliandi, et odia restringenda, existimat Ant. Fab. in *d. l. 16.* exurgere differentiam, cur exceptio ista competat etiam fidejussori non habenti regressum adversus rem principalem, et eidem denegetur quam concessit Macedonianum senatusc. ut vidimus in *tit. de senat. Maced. n. 4.* Quandoquidem illa favore

(1) D. l. 3. vers. *La primera.*

Digitized by Google

mulierum, hæc odio fœneratorum concessa est.

11 Non proderit autem Vellejana exceptio mulieris confidejussori, adversus quem, ea subducta, dabitur actio in solidum quasi solus fidejussisset: cum scire potuerit aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere, *l. si Titius 48. de fidejuss.* Si vero mulier et Titius alienam obligationem susceperint non accedendo, sed transferendo seu expromittendo, duntaxat pro parte dimidia teneretur Titius, et mulieris persona subducta, pars altera priorem debitorem oneraret, *l. 8. C. hoc. tit.* cujus differentiæ rationem vide, si placet, apud Glos. in *d. l. 48. de fidejuss.*

12 Poterit exceptio ista etiam post sententiam opponi in ipsa executione, *l. 11. de senat. Mac.* sed si eam sibi dari mulier ignorans, seu per errorem solverit, solutum repetet, cum ejus favore introducta illa fuerit, *l. qui 40. de cond. indeb. l. 9. C. hoc. tit.* Illud quoque scire oportet duntaxat nocere exceptionem creditori habita ratione ad mulieres pro alio intercedentes, earumque hæredes, fidejussores, et mandatores, qui omnes, illa opposita, creditoris actionem infirmant: illis vero debitoribus, quorum obligationes sive veteres, sive novas mulieres susceperunt, non prodest. Si obligatio fuerit vetus, eamque mulier participando susceperit; creditor actionem contra principalem debitorem salvam retinet, quia magis iste quam creditor mulierem decepit, *l. 1. §. ult. hoc. tit.* Si eadem susceperit transferendo, pristina actio creditori contra veterem debitorem restituitur, intercessione rescissa, *l. 8. §. 7.* cum *seqq.* et *passim. hoc tit. l. 8. l. 16. C. eod.* quæ actio idcirco *restitutoria* appellatur in *d. l. 8. §§. 9.* et *12.* et *alibi*, et *rescissoria* in *d. l. 16. C.* dicitur etiam *utilis* in *ead. l. 8. §. 8.* sed qua ratione non invenimus. Si denique novam obligationem tuam vel alterius susceperit mulier, ut exposuimus *sup. n. 4.* in te pro quo illa intercessit, dabitur actio, quam *institutoriam* plerique appellant: quia instituit magis quam restituit obligationem: ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata. Quare si per stipulationem mulier sese obligaverit, et tu quasi ex stipulatu conveneris, *d. l. 8. §. 14.*

13 "In Hispania *l. 3. tit. 12. P. 5. vers. La tercera*, quam "laudavimus in *margine supra n. 7.* expresse statuit validam esse intercessionem mulieris, quæ certo sciens exceptionem hujus senatusc. sibi competere, ei sponte renunciaverit. *Lex vero 9. tit. 3. lib. 5. Recop.* prohibet, ne possint uxores pro viris suis fidejubere, etiamsi vindicatur et allegetur, debitum in earum utilitatem versum fuisse.

TITULUS SECUNDUS.

DE COMPENSATIONIBUS.

Cod. lib. 4. tit. 31. (1).

1 *Ratio methodi.*
2 *Quid sit compensatio: cur introducta: effectus.*
3 *In quibus debitis compensationi sit locus.*
4 *Utrumque debitum debet esse proprium eorum inter quos compensatio vertitur.*
5 *Quibus opponi potest compensatio.*
6 *In quibus differant compensatio et retentio.*
7 *Jus Hispanum.*

1 Quod in controversiis de rebus creditis frequens sit usus compensationis, exegisse videtur, ut *titulus iste* non procul ab eis sedem haberet in *Pandectis*: quod vero ei locus non sit in depositis, ut præponeretur *sequenti* in quo agitur de deposito. Et quia non plurima et præcipua, quæ in hoc argumento observantur, tradidimus in *Instit.* §. *in bonæ fidei* 30. *de act.* ea tantum quæ *ibi* non attigimus, monere *hic* sufficiet.

2 *Compensatio*, quæ etiam *pensatio* dicitur in *l. viro* 39. *sol. matrim.* et *alibi*, appellata est à verbo *pendo*, quod idem est ac *solvo*, eo quod ante pecuniam signatam, appensione aeris gravis solutiones fiebant: atque hinc nomina, *pensiones*, *impendia*, et similia, ut notavit Festus in verbo *pendere*. Et cum sit: *Debiti et crediti inter se contributio*, *l. 1. hoc tit.* (2), poterit unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem patentem submovere, si paratus est compensare, *l. 2. eod.* Ideo autem utilis est compensatio, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere, *l. 3. eod.* et ut vulgo dici solet: *Frustra fiunt per plura, quæ possunt fieri per pauciora.* Atque ita lites etiam amputari, perspicuum est. Sane, qui compensare potens solvit, condicere poterit, quasi indebito soluto, *l. si ambo* 10. §. 1. *hoc. tit.* quia compensatio debitum extinguit, cum pro soluto habeatur, ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur, *l. 4. C. eod.* Si rationem compensationis tuæ Judex non habuerit, salvam retinebis petitionem: nec rei judicatæ exceptio objici tibi poterit. Aliud vero erit, si compensationem reprobavit, quasi non existente debito, *l. 7.* §. 1. *hoc. tit.* Pot-

(1) L. 20. *et* aliquot seqq. tit. 14. P. 5.

(2) D. l. 20.

erit itaque opponi etiam post sententiam in executionem compensatio non reprobata, *l. 2. C. eod.*

3 Si alterutrius debitum fuerit mere civile, locus compensationi non erit: nam quæcunque per exceptionem petimi possunt, in compensationem non veniunt, *l. quæcumque 14. eod.* Quia vero compensatio ex naturali æquitate descendit, *l. 18. eod.* etiam quod natura debetur venit in compensationem, *l. 6. eod.* Id autem intelligendum de illis duntaxat debitis naturalibus, quibus sola qualitas conventionis obstat quominus sint etiam civilia, secundum ea quæ diximus in *Inst. in rubr. de obl. §. 11.* dictante hanc distinctionem æquitate, ut late et docte suo more, expopit et probat Vin. *lib. 1. select. quæst. cap. 40.* Illud certe compensationem non impedit, quod utrumque vel unum ex debitis ex maleficio oriatur, ut puta ex causa furtiva aut rerorumve maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur: idemque erit, si ex noxali judicio quis conveniatur, *d. l. 10. §. 2. eod.* Si vero ex delictis criminaliter agatur, nulla est compensatio prætextu mutui delicti, sed cujusque crimen ipsum onerat, et nemo ex delicto alterius excusatur, *l. 2. §. 4. l. 13. §. 5. ad leg. Jul. de adult.* et ut dixit Ulpianus in *l. si quis 5. de publ. jud.* constitutionibus observatur, *ut non relatione criminum, sed innocentia reus purgetur.* Atque juxta hunc sensum exaudienda *d. l. 39. solut. matr.* in qua loquens Papin. de viro et uxore, qui se invicem reos fecerunt, ait paria delicta mutua pensatione dissolvi; ut nempe non intelligatur de pœnis criminalibus, quas delinquendo meruerant, sed de pecuniariis amissionis dotis et donationis propter nuptias, ut satis ostendit *l. 47. eod.* et explicant Glos. in *dd. ll. 39.* et 47. et Cujac. in *ead. l. 39.*

4 Oportet itaque ut locus compensationi fiat, ut utrumque debitum sit pecuniarium, et ut in *laud. §. 30. Inst.* diximus, liquidum, ac rerum fungibilium. Insuper debet esse proprium eorum inter quos vertitur compensatio, *l. 2. hoc tit. l. 4. C. eod.* Quare non cogitur creditor compensare quod alii quam debitori suo debet: quamvis creditor ejus pro eo qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare, *l. in rem 18. §. 1. hoc tit. l. 9. C. eod.* Quoniam vero procurator in rem suam domini personam induit, quia actionem utilem habet, totumque rei emolumentum ad eum spectat, compensatione utetur, si conveniatur, *d. l. 18. in pr.* Quod autem *ibi* adjiciantur hæc verba *post litis contestationem*, non ideo fit quia aliud dicendum, si ante contestationem conveniretur; sed quia major esset posset difficultas, dum postea convenitur, ut optime probat Cujac. in *d. l.* merito carpens Glos. contra sentientem, adducitque in hunc finem *legem 8. eod.* ex qua dubitatum fuisse apparet, an per litis con-

testationem impediebatur compensatio, quamvis decisum non impediri: ne diligentior reus contestando deterioris fieret conditionis. Et quia fidejussoris obligatio accessoria est principali, ut proinde rei debitum etiam fidejussoris sit, æquissimum esse ait Cajus in *l. 5. eod.* ut si quid à fidejussore petatur, eligere hic possit, quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit (1): imo et si utrumque compensare velit, audiendus sit. Sed si cum filiofam. agatur, poterit ipse compensare quod patri suo debeatur: sed sub conditione, ut caveat patrem suum ratam habiturum compensationem, *l. 9. §. 1. eod.* (2). Rationem Pauli in *d. l. 9.* quod nempe unus contractus sit, explicat Anton. Fab. in *Ration.* quia videlicet ipse contractus ob quem filius convenitur, patrem suum etiam obligat actione de peculio. Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies veniat, *l. 7. eod.*

5 Cum compensatio æquitate nitatur, etiam pupillis opponi potest, *l. 3. C. de contr. jud. tut. l. si tutores 11. C. hoc tit.* et Reipublicæ, *l. 3. eod.* et Fisco, *l. 1. eod. l. aufertur 46. §. 5. de jur. fisc.* At in iis quæ Reipublicæ et Fisco debentur nonnullæ exceptiones monendæ. Quæ ad Rempublicam pertinent, recensentur ab Imp. Alexandro in *l. 3. C. hoc tit.* si nempe ei debeatur ex Kalendario (de cujus nominis significatione vide Glossam); si ex vectigalibus; si ex frumenti vel olei publici pecunia; vel debitor quis sit tributorum, alimentorum, alicujus servientis ipsi Reipublicæ, ejus qui statutis sumptibus servit, vel fideicommissi civitatis. Fisco autem non compensatur quod ei in alia statione (*departamento* nos dicimus) debetur, *l. 1. C. hoc tit.* quod videtur cautum, ne stationum rationes confundantur. Neque quod debetur ex causa tributoria, et stipendiorum, annonaria, vel ex pretio rei quam ab eo emimus, *l. 7. eod. d. l. aufertur. 46. §. 5.* quo etiam referenda *l. ob negotium 20. hoc tit.* Qui autem condemnatus fuerit, quia arctiorem annonam exdilitatis tempore præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non est, et ideo compensationem habebit, *l. ideo 17. eod.* In causis tandem depositi et quando possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur locum non esse compensationi, diximus jam in *Insi. de §. 30. de act. n. 7.* ex *eod. §.* et *ex l. ult. §. 1.* et 2. *C. de compen.* (3).

6 Quamvis compensatio similis sit retentioni, quatenus utraque in ipsa executione opponi potest, et qui quod debebat compensat, illud non solvit revera, sed retinet: tamen cum ea confundenda non est: quia in pluribus locum habet retentio, compensatione cessante. Sic, licet species seu corpus certum inæstimatum materiam compen-

(1) L. 24. d. tit. 14. P. 5.
(2) L. 25. eod.
(3) L. 5. tit. 3. P. 5. l. 27. tit. 14. eod.

Digitized by Google

sationi non præbeat, retineri potest: ut patet in marito et quolibet bonæ fidei possessore retinentem fundum seu domum dotalem aliamve ob impensas necessarias, *l. 5. de impens. in res dot. fact.* §. *ex diverso* 29. *Inst. de rer. divis. et adq. ips. dom.* in magistro navis potente retinere merces ut sarciatur ei qui suas levandæ navis causa jecit, *l. 2. de leg. Rhod. de jact.* et aliis, quos longum esset recensere. Deinde retentio non habetur pro solutione ut compensatio.

7 "In Hispania postquam "*l. 21. tit. 14. P. 5.* statuit secundum juris Romani placita, "posse compensationem fieri, in "rebus, quæ pondere, numero, "mensura constant, id ampliat "in *vers. Otrosi* ad res incertas "quæ utrinque debeantur, puta "unum equum, eo in specie non "designato: quod ideo statutum "videtur, quia tunc ejusdem valoris equus ab utraque parte, "deberet à Judice designari; ut "proinde non tam corporis in"æstimati, quam quantitatis debitores censendi sint: inter quos "suam sedem habere compensa"tionem, notissimum est. Sane "in *ejusd. l. vers. Mas*, impro"batur compensatio, si ab alte"rutra parte res certa seu desig"nata debeatur. Deinde *l. 25. "eod.* nedum probat compensa"tionem, quam de debito patris "fecerit filius qui pro patre ci"tato et non potente ad judi"cium venire, hoc excipit, si "datis fidejussoribus caverit, pa"trem suum habiturum id ratum; "sed etiam factam ab extraneo "defensore non habente manda"tum; utique sub eadem rati"habitionis satisdatione: quod "ideo videtur admissum, quia ut "vidimus in *Inst.* §. 6. *de satisd.* quilibet sine mandato, i"doneus defensor est, si satis"dederit: atque idcirco idem e"rit ex jure Romano dicendum; "quia tamen expressum non re"perimus, *hic* admonere libuit. "Idemque concedit procuratori "debitoris vel fidejussoris *l. 24. "eod.* qui scilicet non debitum "proprium, sed ipsius debitoris "vel fidejussoris compensare vo"luerit. Et tandem *l. 27. eod.* "statuit non teneri eum qui vim "aliudve maleficium passus est, "admittere in compensationem "quantitatem illam, quam ipsi "solvere auctor maleficii fuerit "condemnatus.

TITULUS TERTIUS.

DEPOSITI VEL CONTRA.

Cod. lib. 4. tit. 34. (1).

1 *Quid sit depositum.*
2 *Ejus variæ species.*
3 *et 4 Casus in quibus dubitari potest, an contractus sit mutuum, vel depositum irregulare.*
5 *et 6 Quæ veniant in actionem depositi directam.*
7 *Quid dicendum, quando res deposita peris post litem contestatam.*
8 *Qui uti possint hac actione, et quando.*
9 *De actione contraria.*
10 *Duplex est sequestratio, et utraque exponitur.*
11 *Quis sit sequester, et in eum transferatur possessio.*
12 *De actionibus sequestrariis directa et contraria.*
13 *et 14 Nonnulla de jure Hispano.*

1 Tempus jam erat, ut tractationem de quatuor contractibus nominatis, qui re perficiuntur, coeptam *lib. 12.* satisque intercisam, Justinianus absolveret. Id facit *hoc tit.* agens de quarto et ultimo, quod *depositum* appellatur, et præmissum ab eo fuit contractui pignoris in *Inst.* Est autem depositum: *Contractus quo res mobilis alicui, qui hanc operam accipiat, gratis custodienda datur, ll. 1. in pr. et 3. si vestimenta 8. hoc tit.* (2). Dicimus *mobilis*, quia depositum, teste Ulp. in *d. l.* (3) dictum ex eo quod ponitur; res autem immobiles a nobis non ponuntur. Sed si voluerit nomen *depositum* ita dari accipere, ut omnem sequestrationem comprehendat, verbum *mobilis* è definitione tollas, necesse est. Plane, quod sequestratio rei mobilis proprie sit depositum, negare non licet, *l. 5. §. 1. cum l. seq. eod.* (4), maxime quia fit voluntate deponentium sine ullo Judicis decreto, de quo *infra*. Adjicimus *gratis*, quia si merces intervenerit, in aliam contractus speciem negotium transit, *d. l. 1. §. 9.* (5).

2 Depositum late sive in genere sumptum dividitur in depositum in specie et in sequestrationem. Quæ duæ species in eo differunt, quod secunda sit depositum rei litigiosæ, seu in

(1) Tit. 3. Pag. tit. 9. cod. (1.) un. tit. 12. lib. 4. Recop.
(2) L. 1. *junct.* l. 2. d. tit. 3. P. 5.
(3) D. l. 1.
(4) D. l. 5. vers. *La tercera.*
(5) D. l. 2.

controversiam deductæ; prima rei non litigiosæ: et quod simpliciter deponere tam plures quam unus possint; apud sequestrem vero non nisi plures, *d. l. licet 17.* (1). Sed tractaturi postea de sequestratione, agamus nunc de deposito in specie, quod subdividitur in *simplex* seu *ordinarium*, et *miserabile*. Simplex est: *Quod fit non urgente causa fatali.* Miserabile: *Quod tumultus, incendii, ruinæ, vel naufragii causa fit, d. l. 1. §. 1.* (2). Ille autem ex his causis deponere intelligitur, qui nullam aliam causam deponendi habet, quam imminens ex eis periculum, *d. l. 1. §. 3.* (3) Et quia istæ causæ fortuitæ sunt, non ex voluntate sed ex necessitate proficiscentes, *d. l. 1. §. 2.* idcirco ea in hoc deposito sunt consideranda quæ recensuimus in *Inst. §. rei 17. de act. n. 3.* et ideo merito Prætor in suo edicto, cujus verba habemus in *d. l. 1. §. 1.* depositum istud à simplice separavit, volens ut licet in simplice nunquam pluris quam in simplum damnetur depositarius, tamen in miserabile condemnetur in duplum, si inficiatus fuerit (4), uti et hæres ejus, si non ex dolo defuncti, sed ex proprio conveniatur.

3 Cum depositarius rem accipiat ut eam custodiat, palam est, rei proprietatem et possessionem apud deponentem manere, *d. l. 17. §. 1. hoc tit.* (5), et nec usum illi concedi, in quo, et quod etiam nummi deponi possunt, *l. Lucius 24. eod.* depositum à commodato differt. Si ergo cum pecuniam apud te deposuissem, postea tibi petenti permisi ea uti, in mutuum ex eo tempore contractus transibit, et rem quam jam tenebas, incipies animo possidere tanquam tuam, ut rei periculum ad te pertineat, *l. certi 9. §. ult. de reb. cred.* Sed si ab initio cum deponerem, *tibi uti si voles*, permisero, non ante mutua erit, quam loco sit mota, *l. 10. eod.* ubi et hæc ratio additur: *quoniam debitum iri, non est certum*, id est, quia evenire potest, ut nolens pecunia uti, eam loco non moveas: quo casu nunquam mutuum exurget, deficiente voluntate tua illud contrahendi: depositum igitur permanebit. Ut autem casus *d. l. 9. §. ult.* contrarius non sit in jure huic desumpto ex *d. l. 10.* addidimus illic verbum *petenti*, ut mutua contrahentium voluntas de transformando contractu appareat: quod necesarium putarunt summi viri Accurr. et Ant. Fab. in *d. l. 9. §. ult.* et *l. seq.* Eadem sententia *d. l. 10.* est in *l. 1. §. 34. hoc tit.*

4 Plane, si ab initio convenerit ut tantundem redderetur, egreditur ea res depositi notissimos terminos, *d. l. 24.* et tamen depositum erit, si contrahentes voluerint ut depositum

(1) D. l. 1. vers. *La tercera.*
(2) D. l. 1. l. 8. eod.
(3) D. l. 8. tit. 3. P. 5.
(4) D. l. 8. eod.
(5) D. l. 2. eod.

Digitized by Google

sit, ut evenit dum quis pecuniam non obsignatam, sed numeratam seu ad numerum deposuerit; et tunc actione depositi, quæ contraria voluntati contrahentium non sit, utemur, *d. l.* 24. cum *l. seq.* §. 1. (1). Hoc autem depositi genus Interpretes *irregulare* appellant, et revera plurimum irregulare est: nam transfertur tunc in accipientem corporum traditorum dominium (2). Heinnec. *hoc tit.* ait illud non esse depositum: et sane idem libenter diceremus, si *dd. ll.* 24. et 25. tantopere non torquerent, ut Interpretes transversos agant. Vide eas exponentem late Ant. Fab. vel potius summum Cujacium in *d. l.* 24. ubi eam latissime explicat, distinguens inter casum quo pecuniam tradens permittat expresse accipienti, ut ea utatur, et illum quo hæc permissio non fuerit expressa, ut contingit in exemplo allato in *dd. ll.* 24. et 23. §. 1. dum nempe convenerit, ut tantundem redderetur ut in priori sit mutuum ex *d. l.* 9. §. *ult. de reb. cred.* et in posteriori depositum ex *dd. ll.* 24. et 25. §. 1. *hoc tit.* quam distinctionem aliis exemplis illustrat, eam jam probaverat Glos. in *d. l.* 25. §. 1. et secundum eam interpretare *l. si sacculum* 29. §. 1. *eod.* Hoc irregulare depositum non comprehendit definitio quam tradidimus *sup. n.* 1. et omnes afferunt: quæ de regulari duntaxat concepta est: in quo rem eandem, quam accepit, reddere debere depositarium, nemo est qui ambigat, cum ejus custodia tantam ipsi commendetur, §. 3. *Inst. quib. mod. re contr. obl. l.* 1. *hoc tit.* (3).

5 Porro ex hoc contractu duæ actiones nascuntur, una directa, contraria altera, ut etiam contingere in commodato et pignore vidimus de his agentes contractibus. Directa deponenti competit adversus depositarium, ut rem depositam restituat. Venit autem in hanc actionem non res nuda, sed cum fructibus et omni causa, *l.* 1. §. *et ideo* 24. *eod.* (4), sive fructus percepti sint post litis contestationem, sive etiam ante, per ea quæ ex *l.* 38. §. 1. cum *seqq. de usur.* diximus *sup. tit. de cond. cau. dat. n.* 11. Sed bene advertit Ant. Fab. in *d. l.* 1. §. 24. fructus et omnem causam venire officio Judicis, non jure obligationis: quia cum hæc obligatio re contrahatur, non potest per se extendi ultra id quod depositum est; non fructus autem depositi non sunt. Sed officium Judicis pleniores facit præstationes: quod clare innuit Ulp. in *ead. l.* 1. dum postquam dixerat in §. 23. hanc actionem esse bonæ fidei, ait in 24. *et ideo et fructus in actionem venire.* Non absimili ratione, licet si equus cum capistro deponatur, solus equus depositus sit, *d. l.* 1. §. 5. pote-

(1) D. l. 2. tit. 3. P. 5. in fin.
(2) D. l. 2.
(3) L. 1. eod.
(4) L. 1. in fin. l. 8. eod.

Digitized by Google

rit deponentem etiam capitrum petere, ut tenent idem Fab. Glos. et communiter Interpretes in *d.* §. 5. Idemque dicendum de cæteris quæ accedunt rei depositæ. Tota hæc doctrina locum quoque habet in contractibus commodati et pignoris, qui æque sunt bonæ fidei et re perficiuntur.

6 Cum hic contractus solius deponentis utilitatem contineat, sola damna, quæ dolo seu lata culpa depositarii contigerint, in hanc venient actionem, ut ostendimus in *Inst.* §. 3. *quib. mod. re contr. obl. nn.* 4. et 5. (1) ex famosa regula tradita ab Ulpiano in *l.* 5. §. 2. *commod.* quam late exposuimus in §. 2. *Inst. d. tit.* in quo *nn.* 11. 22. et 23. (2) excepimus casus in quibus depositarius plusquam dolum præstabit. Sufficit autem ut veniant, semel dolum fuisse factum. Finge, Titium rem apud se depositam vendidisse, eam postea redemisse, et sine dolo malo periisse; hac actione tenebitur, *d. l.* 1. §. *si rem* 25. *hoc tit.* Et quamquam in hac actione, si ex facto defuncti agatur, unus ex pluribus hæredibus pro parte duntaxat hæreditaria conveniri possit, tamen, si ex suo delicto conveniatur, in solidum cum ipso agetur: quia æstimatio refertur ad dolum quem ipse in solidum admisit, *l. depositi* 9. *eod.* Nec adversus cohæredes ejus, qui dolo carent, actio dabitur, *l.* 10. *eod.* Plane, si solum fuerit unus hæres, in solidum tenebitur ex dolo defuncti, *l.* 7. §. 1. *eod.* quod ostendimus etiam in *Inst.* §. 1. *de perp. et temp. actu n.* 1. Quomodo autem agendum cum pluribus hæredibus, qui rem apud defunctum depositam dolo interverterunt, sub distinctione traditur in *l. si duo* 12. *hoc tit.* et quomodo cum pluribus hæredibus deponentis in *l.* 1. §. *si pecunia* 36. *eod.*

7 Illud sane difficultate non caret quod scriptum est à Cajo in *l. si plures* 14. §. 1. *eod.* interitum scilicet rei depositæ, mortem puta servi vel jumenti, qui natura sua contigit, postquam cum depositario vel ejus hærede actum jam fuerit, ante rem tamen judicatam, pertinere ad deponentem, cum interitura esset quoque ea res, etsi eidem fuerit restituta. Sive enim depositarium referas ad possessores seu detentores qui revera in mala fide sunt; sive ad eos qui tantum præsumptive, aliud dicendum videtur, cum primi semper sustineant hæc damna fatalia, et hi nunquam, non abhibita distinctione utrum res interitura esset necne, si domino restituta fuisset, ut ex *l. illud* 40. *de hær. pet.* diximus *sup. eod. tit. n.* 14. Præterea quomodo liberari poterit depositarius iste, qui hoc ipso dolo facit, quod depositori reposcenti rem non restituit, ut docet Ulpian. in *l.* 1. §. *est autem* 22. *hoc tit.*? Sed nec dubitari potest eum in mora fuisse, et qua talem per mortem servi liberationem non consequi, *l. nemo*

(1) L. 3. d. tit. 3. P. 5.

(2) D. l. 3.

82. §. 1. *de verb. obl.* His motus rationibus Antr. Fab. ait in *l. item verberatum 15. §. ult. de rei vind.* manifestissime constare ex *dd. ll. 40. et 14. §. 1.* dissensisse Jurisconsultos in hac quæstione. Cæterum consilationis ratio, tentari potest, si dicamus cum Gibs. in *d. l. 14. §. 1.* sententiam *hujus legis* exaudiendam esse de depositario qui justam litigandi causam habet, qui cum dolo carent, non debet eis accenseri qui revera malæ fidei possessores sunt. Non tamen est dignus, ut tanta cum eo benignitate agatur, ac cum illis qui bona fide possidentes litigant; quandoquidem disputat cum eo quem scit esse dominum, cui reposcenti res illico restituenda est ex natura contractus. Laudatus Fab. multa congerit de hoc argumento in *dd. ll. 14. 40. et 55.* plurimas ditio inde adducens leges et opiniones in hac celebri et difficili quæstione: an mortua re petita post litem contestatam et ante sententiam, sine dolo nec culpa ulla eam possidentis vel tenentis, hic liberetur. Nobis hæc indicasse sufficiat.

8 Non potest depositarius objicere deponenti quod nullum jus habuerit in re deposita; quia etiam prædoni vel furi hæc actio datur; cum eorum intersit, eo quod teneantur, *d. l. 1. §. si prædo 29. eod.* (1). Si vero dominus cum latrone concurrerit, illi res erit restituenda, *l. bona fides 31. §. 1. eod.* (2). Dari hanc actionem etiam hæredibus, cæterisque deponentis successoribus, et quoque contra hæredes depositarii, dubitare non licet, *d. l. 1. §. has 29. d. l. 31. §. 1. eod.* (3) ex natura actionum rei persecutoriarum. Sed si deponentis bona fuerint publicata, fisco sive in publicum res deferenda erit, *d. l. 31.* (4). Liberum autem esse deponenti, quovis tempore repetere rem depositam (5), etiam ante constitutum, idque denegari depositario probavimus in *d. §. 3. Inst. n. 2.* Hoc adeo obtinet, ut si deposuero apud te, ut post mortem tuam mihi reddatur, nedum cum tuo hærede, sed etiam tecum agere possim, mutata voluntate, *d. l. 1. §. 45.* et ego quoque agere potero, si deposuerim ut reddatur post mortem meam *d. l. 1. §. proinde 46.*

9 Contraria actio depositario datur adversus deponentem, ut indemnis servitur, *l. 5. eod.* quod exigit bona fides, quæ in contractibus summam æquitatem desiderat, *d. l. 31.* et maxime in hoc, in quo depositarius nullam habet utilitatem. Unde, si in Asia depositum fuerit, ut Romæ reddatur; videbitur id actum, ut non impensa ejus fiat, apud quem depositum; sed ejus qui deposuit, *l. si in Asia 12. hoc eod. tit.* Et generaliter, depositum eo loco restitui debet,

(1) L. 6. eod.
(2) D. l. 6.
(3) L. 5. eod.
(4) D. l. 6.
(5) D. l. 5.

in quo est sine dolo malo ejus apud quem depositum fuit: ubi vero depositum est nihil refert: quod communiter in omnibus bonæ fidei judiciis dicendum, *d. l. 12. §. 1.* Posse depositarium per hanc actionem consequi, ut ei sarciantur damna quæ rei depositæ causa expertus fuerit (1), superfluum est monere, cum id tribuatur commodatario et creditori pigneratitio, qui tanto favore digni non sunt, ut depositarius, cum utilitatem ex suis contractibus recipiant: quod in deposito procedet, etiamsi deponens vitium rei, putà rem damnosam, vel servum furem esse, ignoraverit, *l. si servus 61. §. quod vero 5. de furti* quæ Africani est et explicat *l. 31. de pign. act.* quæ ejusdem est et *ejusdem libri*, ut late et bene exponit. Ant. Fab. in *Ration. d. l. 31.* De repetitione vero impensarum, quas in rem depositam fecerit, accomoda huc in totum ea quæ diximus *sup. d. tit. de pigner act. n. 7.* Et circa jus retinendi rem propter eas, aeris est quæstio, quam etiam in persona commodatarii DD. instituunt: de qua quid nobis probabilius videtur, habes *supra tit. commod. vel contr. n. 5.* Compensatio certe locum non habet, ut monuimus *tit. præced. n. 3.*

10 Superest ut de sequestratione breviter loquamur. Hæc, ut *supra n. 2.* diximus, est: *Rei litigiosæ seu in controversiam deductæ depositum, l. 17. hoc tit.* (2), sumpto scilicet late et in genere hoc nomine *depositum*, ut *ibi* notavimus. Duplex est, voluntaria una, necessaria altera. Voluntaria est: *Quæ fit à litigantibus rem litigiosam ultro apud alium deponentibus;* quo casu unusquisque in solidum videtur deposuisse, licet aliter sit, cum rem communem plures in specie deponunt, id est, rem non litigiosam, *d. l. 17.* Hanc esse proprie depositum, cum res mobilis est, evincunt *ead. l. 17.* et *l. 5. §. 1.* et 2. cum *l. seq. eod.* et nihil apparet quod id valeat impedire. Necessaria dicitur: *Quæ fit decreto Judicis ex justa causa illam jubentis, l. 7. §. ult. qui satisd. cogant. l. Imperatores 21. §. ult. de appell. l. 5. C. quor. appell.* Dicimus *ex justa causa:* quia contra voluntatem domini rem sequestrari ordinario jure prohibitum est, *l. un. C. de prohib. seq. pec.* Causæ vero justæ plures esse possunt, veluti metus dilapidationis, nec partes veniant ad arma, aliæque (3). Cum autem hæc non fiat voluntate litigantium, ad depositum qua contractum, pertinere non potest. Apellatur tamen depositum in *dd. ll. 7. §. ult. 21. §. ult.* et 5. quia ratio nominis *ex eo quod ponitur*, allat. ab Ulp. in *l. 1. hoc tit.* ei convenit. Etiam res immobiles posse sequestrari habemus in *cap. dilectus 2. de sequest. pos.* et docent Inter-

(1) L. ult. eod.
(2) D. l. 1. tit. 3. P. 5. vers. *La tercera.*
(3) L. 1. tit. 9. P. 3.

pret. nec quicquam obest quominus id fiat, ut recte ratiocinatur Voet *hoc tit. n.* 3. et fieri quotidie videmus, licet nusquam in Romanis legibus id expresse statutum invenerimus: ædium tamen custodiam traditam legimus in *l. emptor* 38. *de damn. infect.* Immobilium autem sequestratio judicialis longius distat à contractu depositi.

11 *Sequester* (ait Modestinus in *l. sequester* 110. *de verb. sign.*) *dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, posuerunt: dictus ab eo, quod occurrent, aut quasi sequenti eos qui contendunt, committitur.* Disputant autem DD. an in eum transferatur possessio, propter *l.* 17. §. 1. *hoc tit.* et *l. interesse* 39. *de adq. vel amitt. poss.* quarum primam affirmantium, secundam negantium opinioni favere, nonnulli existimant. Ceterum bene probant Voet, Noodt, aliique *hoc tit.* nullam inter *has leges* esse pugnam, sed *d. l.* 17. explicandam per *laud. l.* 39. quæ clarior et amplior. Ait in hac Julian. *Interesse puto quamenti apud sequestrum deponitur res: nam si omittendæ possessionis causa, et aperte fuerit adprobatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiæ causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.* Ex sententia itaque Juliani, sequester rei sequestratæ possessionem habebit, si aperte fuerit adprobatum, deponentes voluisse hanc in eum transferre: non alias (1). Cui non est contrarius Florentinus, dum in *d. l.* 17. §. 1. scribit, rei depositæ proprietatem apud deponentem manere, et possessionem, *nisi apud sequestrum deposita est*: quia in his verbis nomen *deposita* refertur non ad rem, sed ad verbum *possessio*, quod proxime præcesserat. Quam interpretationem clare juvant quæ sequuntur Jurisconsulti verba: *Nam tum demum sequester possidet. Id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat* (2), ut perpendenti patebit.

12 Ex sequestro denique nascuntur eodem duæ actiones directa et contraria. Actio depositi sequestraria directa competit adversus sequestrum ejusque hæredem, *l.* 12. §. 2. *hoc tit.* non utrique deponenti, sed victori duntaxat secundum quem judicatum, ad rem sequestratam restituendam cum omni causa (3). Si vero lis ad finem non perducatur, non huic actioni, sed actioni præscriptis verbis locus fiet ad rem à sequestro repetendam, *l.* 9. §. *Labeo.* 3. *de dol. mal.* Plane, lex conventionis in sequestratione adhibita, servanda erit, *l.* 5. *C. hoc tit.* (4). Actio contraria sequestro datur in eum cui res restituturus, ut is eum servet indemnem, *l.* 5. *hoc tit.* ut exposuimus *sup. n.* 9.

13 In Hispania habemus

(1) L. 2. d. tit. 9. P. 3.
(2) D. l. 2.
(3) D. l. 5. tit. 3. P. 5.
(4) D. l. 5.

» in *l. 1. tit. 3. P. 5.* divisionem
» depositi in tres species, sim-
» plex scilicet seu ordinarium, mi-
» serabile, et sequestrationum; et
» in *l. 2. tit. 9. P. 3.* subdivisio-
» nem sequestrationis in volun-
» tariam et necessariam. Voluit
» autem *lex ista* et *l. 5. eod.*
» *tit. 4. P. 5.* ut res sequestra-
» ta reddatur, vel quando Ju-
» dici, qui eam sequestrari jus-
» sit, placuerit; seu lis fuerit
» finita; vel prous deponentes
» convenerunt; quorum hoc vi-
» detur referendum ad sequestra-
» tionem voluntariam seu con-
» ventionalem juxta *l. 3. C. hoc*
» *tit.* laudatam *n. preced.* illud
» vero ad necessariam seu judi-
» cialem. *Lex* vero *l. ad tit. 19.*
» *P. 3.* sex casus memorat in
» quibus locum habet sequestra-
» tio, scilicet: I. quando partes
» in eam conveniunt: quæ tunc
» voluntaria dicitur. II. quando
» agitur de re mobili, et suspi-
» cio adest rem eam alio trans-
» laturam, deteriorem facturum
» aut male tractaturum. III. cum
» de reo sententia definitiva dam-
» nato qui appellavit, suspicari
» licet, eum rem de qua agitur
» tractaturum male, aut fructus
» ejus dilapidaturum. IV. cum
» maritus ad inopiam vergit, uxo-
» ri permittitur, ut petat dotem
» cæteraque bona sua sibi tradi,
» aut sequestrari. V. quando filius
» qui à parente suo donationem
» seu dotem acceperat, fuerit ab
» eo præteritus, vel injuste ex-
» hæredatus, et à fratre suo hæ-
» rede instituto petierit partem
» hæreditatis paternæ sibi debi-
» tam, quo casu cogitur fratri
» instituto, datis fidejussoribus
» cavere, bona quæ accepit col-
» laturum, et omnem fraudem
» abfuturam. Et si id non præs-
» titerit, pars quam petit se-
» questrabitur, tamante Judice
» tempus quo hæc peragat, eo
» effectu ut si intra illud caverit,
» pars ab eo petita ipsi cum fruc-
» tibus tradatur; si vero non
» caverit hæredi instituto resti-
» tuatur. VI. denique circa bo-
» na servi in circunstantiis ibi
» relatis. Deinde *de eu. tit. 10.*
» *lib. 4. Recap.* domino ædium
» aut agrorum, qui ex causa de-
» biti aut maleficii fuerint seques-
» treti, permittit illas reficere
» diesque anare, et si durante
» sequestratione, tempus fructus
» colligendi advenerit, jubet, ut
» loci ubi id evenerit, Officia-
» les curent eos colligi et depo-
» ni, sumptusque ex ipsis fruc-
» tibus solvant rationemque ad-
» dit, quia nimirum hæc omnia
» domino prosunt, et ei qui
» sequestrationem petiit, non no-
» cent. Moris tamen est, ut se-
» quester electus hæc faciat, ut
» facere tenetur. Quamvis autem
» *d. l. 1.* taxative memorat sex
» recensitos casus: alios tamen
» praxi receptos quotidie vide-
» mus: videlicet, si duo de ma-
» joratu vellint contendere, et sta-
» tim non appareat uter alteri
» in administratione præferendus;
» aut plures hæredes hæreditatis
» antequam dividi possit, admi-
» nistrationem ambiunt, et neu-
» ter alteri vult cedere mutuam
» de se utrique suspicionem ha-

Digitized by Google

»bentes; et generaliter quando »Judex timuerit aliter venturos »ad arma, qui litigare volunt. »Primus ex his casibus expresse »probatus est in *senat. 6. tit. 7. »lib. 5.* Præterea, *l. 2. d. tit. 3.* »ait, omnes res cujuscumque »sint generis in depositum dari »posse, quamvis proprius soleant »dari res moviles: et à regu»la, quam statuit, dicens, do»minium et possessionem rei de»positæ non transire in deposi»tarium excipit depositum re»rum quæ pondere, numero, »mensura constant, dum ad pon»dus, numerum, mensuram dan»tur. Vult, itaque ut, harum »rerum ita daturum depositum »esse possit ex voluntate con»trahentium, ut diximus *sup. »n. 4.* et ut statim ante ullum »usum dominium in deposita»rium transeat: quod in Roma»norum legibus expressum non »invenimus.

14 »Deinde postquam, *l. 3. »eod.* statuit ut jus Romanum, »depositarium duntaxat de dolo »et culpa teneri, recenset, *l. 4. »seq.* quatuor casus in quibus »damna fatalia seu casus fortuiti »ad eum pertinent; quorum duo »etiam certissimi et notissimi apud »Romanos, dum contrahentes »ita convenerint, et cum dolus »vel culpa depositarii præcesse»rit: reliqui neque clari, neque »certi; atque idcirco *hic* memo»randi et exponendi. I. est, quan»do depositarius potens restitue»re domino rem, eam restitue»re non vult, et post litem hac »occassione contestatam res perit: »omissa distinctione, quam jus »Romanum facit, ut vidimus »*sup. n. 7.* II. quando prin»cipaliter depositarii gratia, et »non deponentis deposita res fuis»set. Hujus ratio non traditur, »nec facile innotescit: quando»quidem ex famosa regula de »præstationibus culparum, tra»dita ab Ulpiano in *l. 5. §. 2. »commod. vel contr.* exposita à »nobis. in §. 2. *Inst. quib. mod. »re contrahit. obligat.* et proba»ta apud nos in *l. 2. tit. 2. P. 5.* »non casus fortuitus, sed culpa »tantum levissima in hoc exem»plo foret præstanda. Lex tamen »ita scripta est. Illud vero ex»pressum est in *l. ult. d. tit. 3. »P. 5.* non licere depositario rem »depositam retinere ob impensas »in eam factas: de quo acris »est in jure Romanorum disputa»tio, ut monuimus *sup. num. 9.*

Digitized by Google

LIBER XVII.

TITULUS PRIMUS.

MANDATI VEL CONTRA.

Cod. lib. 4. tit. 35. (1).

Traduntur quædam de actione contraria: et casus quo morte mandantis non finitur mandatum.

1 Contractibus nominatis, qui re perficiuntur, expositis, ad eos qui solo perficiuntur consensu transit Justinianus, initio facto à *mandato in præsenti tit.* Sed quia nos et de mandato judiciali *supr.* in *tit. de procurat.* et de extrajudiciali in *Inst. tit. de mandato*, plene egimus, monere *hic* sufficiet, in actionem mandati contrariam quæ mandatario datur, venire nedum impensas necessarias, sed etiam utiles bona fide factas, *l. 10. §. 9. hoc tit.* etiamsi is qui mandavit, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere, *l. 27. §. 4.* eod. imo etsi mandatarius non potuerit negotium perficere, pro eo quod expendit, hanc actionem habebit, si mandati fines egressus non fuerit, *l. ita 36. §. ult. l. qui mutuam 56. §. ult. eod.* Sed et omnia damna ipsi illata ob vitium rei mandato comprehensæ, ei sarcientur, licet mandans vitium rei ignoraverit, *l. si servus 61. §. quod vero 5. de furt.* quam in simili adduximus *tit. præc. n. 9.* in qua et ratio: quia nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxit, et neutiquam sui commodi causa suscepit, debet esse damnosum. Non tamen omnia damna, seu impendia quæ mandatarius impensurus non fuisset, mandatori imputabit: ea etenim excipienda quæ magis casibus fortuitis, quem mandato imputari oportet, ut docet Paul. in *l. inter 26. §. non omnia 6. hoc tit.* propositis exemplis in eo qui spoliatus fuit à latronibus, aut naufragio res amisit, vel languore suo suorumque aprehensus quædam erogavit. Ad quam regulam refert. Voet. *hoc tit. n. 13.* casum §. 7. *ejusd. l. 26.* eum intelligens de mandato emendi servum in genere, ut contrarius non sit *d. l. 61. §. 5. de furt.* quam modo laudavimus. Illud quoque animadvertere libet, regulam, quod mandatum finitur morte,

(1) Tit. 5. P. 3. et tit. 24. lib. 2. Recop. *l.* 20. et quinque seq. tit. 12. P. 5.

Digitized by Google

non habere locum in eis quæ non nisi post mortem mandantis exequi possunt: exempla habes in *l. si vero 12. §. ult.* cum *l. seq. hoc tit.* in quibus hæres mandantis actionem habet.

TITULUS SECUNDUS.

PRO SOCIO.

Cod. lib. 4. tit. 37. (1).

1 *Cur in societate omnium bonorum bona coeuntium statim communicentur: et de lucris inhonestis.*

2, 3, 4 et 5 *Contractus iste jus fraternitatis quodammodo continet, et in eo bona fides exuberat: et quæ inde sequuntur.*

6 *De societate qua unus pecuniam, alter operam confert.*

7 *Actiones quæ ex hoc contractu nascuntur.*

8 *Jus Hispanum.*

1 Sequitur contractus alter qui consensu perficitur, *societas.* De ea copiose etiam egimus in *prop. tit. Inst.* qui est 26. *lib. 3.* ut vix quidquam *hic* addendum. Duntaxat itaque dicemus quæ *ibi* non attigimus. Ideo in societate omnium bonorum omnes res quæ coeuntium sunt, continuo communicantur, secundum, *l. 1. §. 1. hoc tit.* quia licet specialiter traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire, *l. 2. eod.* (2). Rerum inhonestarum, seu maleficii nulla est societas, *l. nec prætermittendum 57. eod.* (3). Sed nec quæsita ex furto, vel ex alio maleficio conferentur in societatem validam rei scilicet honestæ vel universorum quæ ex quæstu veniunt; vel etiam omnium bonorum, *l. cum duobus 52. §. ibidem penult. eod.* quia delictorum turpis atque fœda communio est: si tamen fur in medium contulerit, commune erit lucrum, et dividetur, *l. 53. eod.* (4). Si autem ex hoc conventus fuerit qui maleficium admisit, id quod contulit, aut solum aut simul cum pœna ex societate auferet. Solum auferet, si insciente socio, eum in societatis rationem contulisse contigerit. Quod si sciente, etiam pœnam socium agnoscere oportebit, id est, è societate quoque auferetur pœna, æquum enim est, ut cujus participavit lucrum, participet et damnum, *l. 54. cum seq. eod.* (5). Idemque est in omnibus turpibus ac-

(1) Tit. 10. P. 5.
(2) L. 47. tit. 28. P. 3.
(3) L. 2. d. tit. 10. P. 5.
(4) L. 8. eod.
(5) D. l. 8.

Digitized by Google

tionibus, veluti injuriarum et similibus, *l. 56. eod.* (1). Si per contrarium socius omnium bonorum ob injuriarum actionem damnatus, quid præstiterit, ex societate consequetur, si injuria Judicis damnatus sit: si autem ob maleficium suum, ipse tantum damnum sentire debet. *d. l. 52. §. ult.*

2 Quia hic contractus jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum 63. eod.* competit sociis beneficium competentiæ, ut monuimus in *Inst. §. 38. de act. n. 2.* et quia insuper in eo bona fides exuberat, *l. 3. C. hoc tit.* oportet, sicuti lucrum, ita quoque damnum commune esse, quod sine culpa socii contingit (2). Qua ratione ductus Ulpian. probat in *d. l. 52. §. 4. hoc tit.* sententiam Juliani dicentis, quod si alter ex sociis ad merces comparandas profectus, in latrones inciderit, resque proprias perdiderit, damnum debeat esse commune: ideoque actione pro socio damni partem dimidiam eum consequi debere, tam pecuniæ, quam cæterarum rerum, quas secum non tulisset, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur: licet nihil in hoc casu mandatarius imputet mandanti ut ostendimus, *tit. præc.*

3 Ex eadem æquitate et æqualitate inter socios servanda oritur, quod si ex tribus pluribusve sociis unus egerit contra alium ex societate obligatum, et suam partem integram fuerit consecutus: deinde alius socius cum eodem agens non potuerit suam integram consequi, ob conventi inopiam, possit hic qui minus consecutus est, cum eo agere qui solidum accepit, ad communicandas seu exæquandas partes inter eos, quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi, *d. l. verum 63. §. si cum 5. eod.* (3): contra regulam quæ ait, jura vigilantibus esse constituta, atque ideo meliorem esse occupantis conditionem inter eos quibus ex eadem causa debetur, *l. pen. quæ in fraud. cred. l. inter eos 19. de re jud.* Cæterum si secundus petitor tantum temporis post petitionem primi labi pateretur, ut in culpa fuerit, palam est, hanc eum onerare, nihilque à primo posse consequi (4). Sed et vice versa, si unus è sociis supra partem suam impenderit, et non omnes socii solvendo sint, quod ab his servari non potest, à cæteris qui fuerint solvendo consequi poterit, *l. si unus 67. hoc tit.* id est, damnum æquale erit, eadem dictante æquitate.

4 Animadvertendum autem hic est, non esse æquitati consonum, ut socius qui quædam negligenter in societate egit, in plerisque vero eam auxit, compendium seu lucrum cum negligentia compenset, *l. de illo 23. §. 1. l. 26. eod.* Præstabit itaque solus damnum quod ejus negligentia contigit, et commo-

(1) D. l. 8.
(2) L. 7. l. 13. eod.
(3) L. 15. d. tit. 10. P. 5.
(4) D. l. 15.

Digitized by Google

dum, quod per eum societati accessit, commune erit, *d. l. 23. §. 1. l. 25. eod.* (1). Nec obscura est ratio: quia commodum utique commune esse debet, cum in hunc finem ineatur societas: damnum vero id solum quod sine culpa contingit: aliàs etenim socius culpam non præstaret. Unde socius alter creditor est commodi, et non est debitor damni, quo fit, ut nulla esse possit compensatio.

5 Expressum habemus in §. 2. *Inst. de societ.* posse ita coiri societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, sed solum operam, et tamen lucrum inter eos commune sit. Dum id evenerit, confertur nonnunquam opera cum solo usu et periculo pecuniæ, interdum cum ipsius pecuniæ dominio. Cum primo modo contingit, qui operam contulit, particeps non fit pecuniæ collatæ, atque idcirco hæc soli ei qui ipsam contulit, salva manet vel perit, nullam in ea dominii partem habente altero: quæ omnia è contrario se habent, quando secundo modo confertur opera. Si ex conventione appareat, quem modum contrahentes servari voluerint, is proculdubiò servabitur. Sin autem id non apparuerit, ipsorum voluntatem interpretabimur pro primo modo, si opera collata tam levis sit, ut videatur æque compensari posse cum lucro ex usu pecuniæ sperato: si vero æstimetur tanti opera, quanti valet pecunia seu sors collata ab altero, pro secundo, ut bene explicant et probant alios laudantes D. Covarr. *lib. 3. var. resol. cap. 2.* Vin. *lib. 1. select. quæst. cap. 54.* et Escobar, *comput. 22.* Ut hæc doctrina clarior fiat, proferamus exempla: Titius mille aureos in societatem contulit, et tu tantam operam spopondisti et contulisti, ut vobis placuerit, hanc mille aureis exæquare: omne quod soluta societate supererit, inter vos æquis partibus dividetur, insuper habito lucrum contigerit, an damnum. Si vero opera tua ita sit modica, ut non cum valore mille aureorum, sed tantum cum eorundem usu eam comparare volueritis, aurei qui supererint usque ad mille, omnes Titii erunt, tuque nihil amplius, quam dimidium ejus quod forte exuperet, habebis: altero dimidio ad Titium pertinente.

6 Partium lucri et damni constitutio uni ex sociis committi potest; et cum id evenerit, ad boni viri arbitratum ea res redigenda est, *l. si societatem 6. hoc tit.* Cui non obstat quod pretium emptionis nullatenus possit in arbitrium emptoris conferri quin contractus evadat imperfectus, *l. quod sæpe 35. §. 1 de contr. empt.* Quia substantia emptionis consistit ex pretio, ut ait Papin. in *l. pacta 72. eod.* et quidem ita, ut nedum sine pretio emptio non sit; sed insuper sit necesse, illud esse omnino certum, I. 1. *Inst. de empt. et vend.* quod non eveniret collato

(1) L. 13. eod.

pretio in arbitrium boni viri, cum posset in eo eligendo dissensus esse. At non ita necessaria est partium constitutio in societate: quia si constitutæ non fuerint, æquales intelliguntur, §. 1. *Inst. eod.* et *passim hoc tit.*

7 Nascitur autem ex hoc contractu actio *pro socio* dicta, quæ ab utraque parte directa est, §. 2. *Inst. de pœna temere litig.* in quo etiam vidimus, quando et quomodo ipsa et actiones depositi et mandati famosæ sint.

8 »Quod attinet ad HISPA»NIAM, statuit, *l. 23. tit. 14. P. 5.* »quod si ex duobus sociis alter »in certis rebus dolo damnum »dederit, alter culpa in aliis, »unum cum alio compensetur: sin »autem id contigerit in eadem »re, totum damnum sustineat, »qui illud dolo dedit, compen»satione cessante; additque ra»tionem: quia in juris statera do»lus culpæ præponderat.

APPENDIX

JURIS HISPANI.

DE SOCIETATE LEGALI INTER CONJUGES.

1 *Ubi agitur, de hac societate; et ejus nominis ratio.*

2 *Cum matrimonio nascitur, durat, et extinguitur: et exceptiones.*

3 *An aliquando censeatur renovata seu continuata inter conjugem superstitem et hæredes defuncti.*

4 *In quibus differat hæc societas ab aliis societatibus, et quæ bona ad eam pertineant, et quæ non, usque ad num.* 10.

10 *Omnia conjugum bona præsummuntur communia quasi constante matrimonio quæsita, nisi probetur contrarium.*

11 *Res constante matrimonio acquisitæ fiunt ipso jure communes conjugum.*

12 *Maritus solus eas alienare potest, nisi animo fraudandi id faciat: sed inter vivos dumtaxat, num.* 14.

13 *An possit eas donare.*

15 *De damnis.*

16 *Uxor potest renunciare his rebus et ante matrimonium, et eo constante, et postquam fuerit solutum.*

17 *Ex his bonis solvendæ dotes et donationes filiis ex eo matrimonio natis.*

Digitized by Google

18 *Comparatio hujus societate cum reliquis ratione objecti.*
19 *Quænam uxor facere nequeat sine licentia mariti.*

1 »In Hispania specialem, »societatem inter conjuges sta»tutam habemus, de qua agitur »ex profeso *toto titulo 9. lib. 5.* »*Recop.* in quo leges de ea lo»quentes collectæ sunt. Hanc »societatem legalem et specialem »appello, quia non nascitur ex »conventione ut societates cæte»ræ; sed lege sancita est, insu»per habito an conjuges de ea »ineunda convenerint, necne, *l.* »*1. d. tit. 9.* et quia diversa est »à societatibus omnibus, quas »enumeravimus in *Inst. in pr. de* »*societ.* ut ex iis quæ *infra* di»cemus, apparebit. Nec Romanæ »leges eam agnoverunt.

2 »Introducta est contem»platione individuæ vitæ conju»gum consuetudinis, quam nup»tiæ continent: unde cum ma»trimonio nascitur, durat; et »extinguitur; ita ut neutiquam »adesse intelligatur inter spon»sos, sed duntaxat inter virum »et uxorem, ex quo simul habi»tare cœperint, *l. 2. d. tit. 9.* »ibi: *Toda cosa que el marido* »*y la muger ganaren ó com*»*praren estando de consuno, l. 5.* »*eod.* ibi: *Durante el matrimo*»*nio*, Gom. in *l. 53. Taur. n. 72.* »Matienz. in *d. l. 2. gloss. 1.* »*n. 41.* Casum excipe, quo al»ter ex conjugibus ita delinque»ret in bona ejus publicaren»tur: tunc enim bonorum de»linquentis publicatione cessa»ret societas, matrimonio ma»nente, *l. 10. eod.* vel quo uxor »renuntiaverit, de quo *infra.* »Et quia individua vitæ consue»tudo inter conjuges non cen»setur in jure tolli per alter»utrius absentiam, vigebit so»cietas etiamsi maritus per an»nos plures procul abfuerit, ut »putà profectus in exteras gen»tes negotiationis causa, et quæ »ibi lucratus fuerit communia »erunt. Nec obstant relata verba »*d. l. 2. estando de consuno*, id »est, *estando en uno con su* »*muger*, ut in *l. 205. stil.* le»gitur: quia non ita stricte ac»cipienda sunt ut continua et »perpetua conjugum cohabitatio »necessaria sit: sed satis super»que erit, si in eadem unione »in quam per matrimonium re»dacti fuerunt, perseveraverint; »uno verbo, si duraverit ma»trimonium, *d. l. 5.* in verbis »modo laudatis, Aceved. *d. l. 2.* »*num. 14.* Matienz. in *ead. l. 2.* »*gloss. 1. num. 42.* Garcia *de con*»*jug. ac quæst. à num. 52.* Si »tamen divortio facto conjuges »separatim vixerint, conjux qui »causam præbuit, alium à se »liberabit, non autem se ab alio, »ut de callide renuntiantibus di»ximus loquentes de societate »omnium bonorum in *Inst.* §. »*4. de societ.* Matienz. per plu»res casus hunc articulum exa»minans *ubi sup. à num. 45.* »Garcia *ubi sup. num. 59.* et »*163.* Gomez in *l. 53. Taur.* »*n. 72.*

3 »Licet autem societas ista »una cum matrimonio extingua-

Digitized by Google

„tur, ut modo dicebamus; cen-„sent communiter Interpretes nos-„tri, tacite renovatam intelligi „inter conjugem superstitem et „hæredes defuncti, quotiens res „conjugum in eodem stato man-„serint, Garcia *ubi sup. nn.* 55. „et 166. cum *seqq.* Acev. in *d.* „*l.* 2. *n.* 15. Cæterum verior est „contraria opinio quam bene „probat Matienz. in *d. l.* 2. „*gloss.* 1. *à n.* 13. tum quia ma-„trimonio soluto cessat ratio so-„cietatis hujus sustinendæ: tum „etiam quia cum ea nonnihil de-„viet à regulis aliarum societa-„tum, stricti juris est, et non „facile intelligenda, nec am-„plianda. Cui adde, quod cum „hæc societas non descendat à „conventione partium, ut socie-„tates reliquæ, sed à lege, pe-„riculosum est, taciti consensus „prætextu continuatam præsume-„re societatem, quam nullus con-„sensus, sed lex introduxit. Qua-„re si conjux superstes et hæ-„redes defuncti rebus vixerint „indivisis, facilius crediderim „novam societatem tacite con-„tractam intelligi universorum, „quæ ex quæstu veniunt (cum „societates conventionales etiam „contrahi possint tacite re con-„tractum manifestante, *l.* 4. *pro* „*soc.*) quam continuatam con-„jugalem, quæ specialia habet. „Vide Matienz. plures recensen-„tem casus *à num.* 19. in quibus „consensus vivendi in societate „præsumi debeat, vel non.

4 „Differt itaque societas „hæc à reliquis societatibus cau-„sa efficiente, quæ in ea non est „conventio, sed lex. Objecto „quoque ab illis diversa est; ut „modo videbimus perscrutantes „materiam hujus societatis. Ea „non respicit bona, quæ con-„jugum ante matrimonium erant, „hæc enim non communicantur, „sed ejus permanent conjugis, „cujus antea fuerunt, *l.* 4. *d.* „*tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* sed illa „duntaxat quæ post matrimo-„nium contractum conjugibus ob-„veniunt. Sed nec omnia ista ad „hanc pertinent societatem. Ex-„cipiuntur etenim hæreditates, „donationesque marito vel uxori „factæ à parentibus, consangui-„neis, aut amicis: item bona „castrensia et officia regia, *l.* 3. „*d. l.* 5. *eod.* nisi hæc bona et „officia marito communibus ipsi „cum uxore expensis millitanti „vel servienti obvenerint, quo „casu et ipsa bona et officia „communia erunt, *d. l.* 3. ibi: „*Ca asi como la costa es comunal* „*de ambos, lo que asi ganaron,* „*sea comunal de ambos.*

5 „De donationibus autem „remuneratoriis acris est dispu-„tatio, an donatario soli quæ-„rantur, vel an fiant commu-„nes. Garcia *de conjug. ac quæst.* „*num.* 125. eas indistincte in so-„cietatem venire contendit. Ma-„tienz. è contrario illas soli do-„natario tribuit, *d. l.* 3. *glos.* 6. „Uterque alios pro sua sententia „laudata, et rationes non con-„temnendas adducit. Nobis tamen „verior videtur opinio Joannis „Gutierr. *lib.* 2. *pract. quæst.* 119. „ita distinguentis, ut si conjugi „donatum sit in remunerationem

» servitiorum operarumve, quæ » ipse propriis expensis præstitit, » ipsi soli donationes cedant: sin » autem ob servitia communibus » expensis præstita, in commu- » nionem veniant. Quam senten- » tiam probare ostendit *d. l. 3.* » in verbis quæ modo laudavimus » agentes de bonis castrensibus, » in quibus hæc distinctio expres- » sè sancita est: et respondet a- » cutis argumentis quibus Burg. » de Paz opinionem Joann. Ma- » tienz. firmare desudat. Sane si » dubitetur in quorum servitio- » rum remunerationem donatum » sit, vel quibus expensis hæc » præstita, ista Matienz. opinio » tenenda erit, quæ perplexitates » tollit, et legibus sat est con- » sona, ut ipse probat. Molina » in *disput. 433. de just. et jur.* » aliam distinctionem facit de- » sumptam ex diversa servitio- » rum qualitate, et modo donan- » di, quæ licet speciem æquitatis » habeat, nimium tamen est dif- » ficultatibus obnoxia, ut agnos- » cit idem Molina dum ad boni » viri arbitrium recurrendum di- » cit pro his dignoscendis cir- » cumstantiis.

6 » Cæterum monendi sumus » ad hanc pertinere societatem, » communesque fieri fructus om- » nes et reditus quorumcumque » bonorum ad alterum è conju- » gibus spectantium, si super ha- » bito, quod bona unius longè » ampliora sint, quam alterius, » *d. l. 4. d. l. 5.* Ex quibus rec- » tè inferunt Gutierr. *lib. 2. pract.* » *quæst. 119. num. 7.* Azeved. in » *d. l. 5. num. 1.* Molina *de just.* » *et jur. disp. 433. vers. Ut su-* » *pra*, in societatem venire, et » communia fieri stipendia et sa- » laria, quæ maritus Medicus, » Advocatus, Judex, seu quili- » bet alius Officialis regius, cons- » tante matrimonio acquisivit: » tum quia impensis communibus » acquiri solent: tum etiam quia » fructus civiles sunt officiorum, » cum horum occasione perci- » piantur, fructus autem omnes, » etiam rerum non communium » communicantur, ut modo vidi- » mus, *dd. ll. 4. et 5.* Nec obs- » tat quod ipsa stipendia, bona » quasi castrensia consideranda » sint: quia hæc quoque in socie- » tatem veniunt, nisi alia exi- » mantur ratione, cum laudatæ » leges castrensia tantum exci- » piant, Gomez in *d. l. 53. Taur.* » *num. 72. vers. Tertius*, ubi ita » in praxi servari ait. Quare dum » Garcia *de conjug. acq. num.* » *124.* hanc sententiam Joann. » Gutierr. miratur, et inauditam » dicit, inconsideratè loquitur. » Adi Molinam *ubi supra* optimè » id explicantem.

7 » Quia vero laudata *l. 5.* » nedum de fructibus, sed etiam » de reditibus locuta est, ibi: » *Los frutos y rentas*, unanimi » concludunt assensu AA. nostri, » partus ancillæ, quæ mariti aut » uxoris propria sit, communes » fieri, Matienz. in *d. l. 5. gloss. 5.* » Azeved. in *l. 3. eod. num. 18.* » Licet enim partus ancillæ non » veniant nomine *fructus*; ve- » niunt tamen *reditus* nomine, *l.* » *14. de usur.* imo si extra cau- » sam fructuarii et bonæ fidei pos-

„sessoris sit sermo, partus ancil-„læ vicem fructuum obtinent, „*l. 8. eod.* Hæc autem de fructi-„bus doctrina locum habet etiam-„si fructus nondum sint percep-„ti, sed pendentes. Ut fructus vi-„nearum et arborum communes „sint, necesse est, ut appareant: „non ita in seminalibus. Quinimo „etsi ager tantummodo pectitus „et sationi paratus sit, impensæ „in id factæ erunt communes. „Habentur hæc omnia in *l. 10. „tit. 4. l. 3. For. Reg.* et praxi „recepta dicunt Matienz. in *l. 4. „d. tit. 9. lib. 5. Recop. gloss. 1.* „et Gomez in *l. 53. Taur. n. 71.*

8 „Quæ autem bona cum „castrensia non sint, matrimo-„nio constante conjugibus obve-„niunt, non quidem aliena libe-„ralitate, sed quia ipsi ea eme-„rint, aliove modo fuerint lu-„crati industria, opera, vel „quæstu alterutrius, plenissimè „ad hanc spectant societatem, „suntque unicus ejusdem scopus, „*l. 2. eod.* Ne tamen huc refe-„ras acquisitiones, seu augmen-„ta, quæ licet durante conjugio „contingant, à causa præterita „seu bonis quæ ante matrimo-„nium cujusdam conjugis erant, „pendent. Finge, maritum nu-„dam prædii proprietatem ad „matrimonium attulisse, non com-„municabitur uxori, sed marito „soli acquiretur usufructus præ-„dii post matrimonium contrac-„tum cum proprietate consoli-„datus fructuarii morte. Finge „iterum, mariti agro aliquid post „matrimonium alluvione adjec-„tum: vel ejusdem æstimationem „intrinsecus, hoc est, solius tem-„poris occasione, et nulla præ-„tita opera fuisse auctam: non „erunt hæc augmenta communia, „sed mariti solius. Horum ratio „eadem: quia nempe quæ ex „causa præterita contingunt, ad „eam pertinent et referuntur, „cum qua non diversa, sed ea-„dem censentur res, *l. 4. de jur. „dot.* Matienz. in *d. l. 2. gloss. „1. à num. 87.* Gomez in *d. l. „53. num. 78.* et *2. var. cap. 15. „n. 19.* D. Covarr. *de matrim. „part. 2. cap. 7. n. 11.* Garcia „*de conjug. acq. n. 93.* et *de ex-„pens. cap. 22. n. 10.* Gutierr. „*d. lib. 2. pract. quæst. 116.* „Molina *de just. et jur. dispu-„tat. 433.* qui duo ultimi rectè „monent intelligi hanc de usu-„fructu doctrinam, de ipso jure „formali: non de commoditate „seu ipsis fructibus, qui ex *su-„pra* traditis communes fient.

9 „Cæterum si usufructus „ad proprietarium conjugem per-„venerit non morte, seu cessione „fructuarii, sed titulo emptio-„nis, aliove simili: vel augmen-„ta provenerint ex operis con-„jugum, alteriusve eorum, post „matrimonium præstitis, aliud „erit dicendum: quia tunc non „ex re ipsa unius conjugis pro-„pria, sed extrinsecus veniunt. „Itaque his casibus et usufruc-„tus et augmentorum seu me-„liorationum æstimatio commu-„nis erit, Covarr. et Molina „*ubi sup.* Garcia *de conjug. acq. „n. 73.* et *ubi supr.* qui meritò „excipiunt casum quo meliora-„tiones in rebus majoratus sint

Digitized by Google

»factæ, quæ omnes ita majora»tui cedunt, ut nemini earum »ratione jus ullum quæratur, ut »docuimus in *Inst. in Append.* »*de major. regula* x. Similiter »communis erit æstimatio rei, »quam unus è conjugibus jure, »sanguinis retraxerit, non vero »res ipsa, quæ soli retrahenti »acquiretur, cum in eo solo ju»ris requisita concurrant, iidem »Gutier. et Molina *ubi sup.* Go»mez in *l.* 70. *Taur. n.* 28. Si »autem res aliqua fuerit empta »pecunia, quæ unius duntaxat »conjugis propria erat, ipsa res »communis fiet: is vero cujus »erat pecunia, hanc ex acervo »communi deducet, et præci»puam habebit divisionis tempo»re. Non idem continget in re, »quam conjux cum sua permu»tavit, vel ex pretio rei suæ, »quam vendiderat, comparavit: »quia res ita permutatione, seu »emptione conjugi quæsita, erit »ejus solius; cum per subroga»tionem eadem censeatur cum ea »quæ ipsius erat, ut habetur in »*l.* 11. *tit.* 4. *lib.* 3. *For.* Moli»na *d. disp.* 433. Gutierr. *lib.* 2. »*pract. quæst.* 117. Matienz. in »*d. l.* 2. *gloss.* 2.

10 »Illud autem diligenter »observandum est, omnia conju»gum bona censeri communia »quasi constante matrimonio quæ»sita, nisi probetur contrarium, »ut expressè statutum *l.* 1. *d. tit.* »9. *lib.* 5. *Recop.* Unde rectè »consulit Gomez in *d. l.* 53. *n.* »70. et passim DD. ut tempore »contracti matrimonii scriptura »conficiatur publica de singulis »bonis, quæ contrahentes ad ma»trimonium attulerint.

11 »Res, quæ in hanc socie»tatem veniunt, ita conjugum »communes sunt, ut partes ha»beant æquales, *l.* 1. *l.* 2. *d. tit.* 9. »*lib.* 5. *Recop.* Fitque ipso jure »hæc communio et quoad do»minium et quoad possessionem, »ut benè et latè probat Matienz. »in *d. l.* 2. *gloss.* 5. Hanc au»tem possessionem et dominium »pro parte dimidia uxori compe»tens, dicunt esse in habitu et »non in actu, D. Covarr. 2. *var.* »*cap.* 19. *n.* 2. et Azev. in *d. l.* 2. »*n.* 17. quandoquidem maritus »solus in actu dominus censen»dus propter auctoritatem admi»nistrationis et alienandi potes»tatem quam habet, de quo nos »*infra.* Cæterum matrimonio so»luto, quia hæc ratio cessat, ait »idem Covarr. hanc communio»nem ipso jure exire in actum.

12 »Quamvis, ut diximus, »dimidia lucrorum pars uxori »quæratur, et quidem ipso ju»re quoad dominium et posses»sionem; liberum tamen marito »est omnia ea lucra constante »matrimonio alienare, nullo u»xoris consensu desiderato: et »alienatio ita facta valebit, nisi »probatum fuerit animo defrau»dandi vel lædendi uxorem fuis»se factam, *d. l.* 5. *tit.* 9. *lib.* 5. »*Recop.* Ex eo autem quod lex »ista ad denegandum alienationi »vim, animum defraudandi uxo»rem in marito requirat, ibi: »*Por defraudar ó damnificar á* »*la muger*, rectè Interpretes »communiter inferunt, validas

Digitized by Google

» futuras alienationes, quas ma-
» ritus ludendo, aut aliàs vitio-
» sè vivendo fecerit, secluso ani-
» mo defraudandi uxorem, Go-
» mez *d. l.* 53. *num.* 73. Gutierr.
» *d. lib.* 2. *pract. quæst.* 121.
» *n.* 7. Garcia *de conjug. acq.*
» *num.* 66. qui laudantes Roder.
» Suar. inquiunt hanc sententiam
» meritò praxi receptam esse, ne
» lites oriantur. Contrarium ta-
» men cum Montalvo tenet Ayo-
» ra *de partit. cap.* 8. *n.* 10. cu-
» jus argumentis respondet Gar-
» cia *ubi sup.* et ex iis, quæ di-
» ximus, solvuntur facile.

13 » An autem sub generali
» potestate alienandi bona cons-
» tante matrimonio quæsita, ma-
» rito concessa, contineatur fa-
» cultas donandi, DD. disputant.
» Anton. Gomez in *d. l.* 53. *n.* 73.
» contineri probat plurimis argu-
» mentis; quam sententiam de ju-
» re veriorem appellat Ayora *de*
» *partit. part.* 2. *quæst.* 41. Ma-
» tienz. vero latè fundat contra-
» riam in *d. l.* 5. *gloss.* 6. quæ
» verior videtur Joann. Gutierr.
» *d. quæst.* 121. Cæterum si rec-
» tè res perpendatur, facili nego-
» tio hæc pugna sedari potest,
» temperando utramque senten-
» tiam et mediam statuendo, ut
» id fecit Molina *lib.* 2. *de pri-*
» *mog. Hispan. cap.* 10. *n.* 66.
» cum *seqq.* quem secutus est
» Gutierr. *ubi supr.* ut nempe per-
» mittatur marito moderatè, at-
» que ex justa causa donare, ve-
» luti filio communi propter nup-
» tias, aut filiæ dotem, quod et
» expressè decisum est *l.* 8. *d. tit.* 9.
» vel consanguineis, amicis et fa-
» mulis modica atque consueta
» largiri; et similia facere, ex
» quibus fraus vel dissipatio præ-
» sumi non possit: non verè fa-
» cere donationes amplas, atque
» sine legitima causa, quæ in pa-
» trimonii dissipationem fiunt.
» Quam mediam sententiam dicit
» ipse Molina esse verum et pro-
» prium *d. l.* 5. intellectum. Et
» sanè amicabili fœdere ista sen-
» tentia conjunxisset Antonium
» Gomez et Joannem Matienz. eo-
» rumque asseclas, si ipsis rectè
» fuisset proposita, tanquam men-
» ti eorum minimè inimica. Go-
» mez etenim dum pro potestate
» donandi pugnat, excipit casus,
» in quibus ex solo titulo vel con-
» tractu præsumitur dolus in a-
» lienante, ut si esset donatio
» omnium bonorum; vel ex alia
» causa seu respectu. Similiter Ma-
» tienz. dum eam denegat, sen-
» tentiam suam ita limitat *à n.* 14.
» ut non procedat in donationi-
» bus, quas Molina permittendas
» censuit. Quare non immerito
» dixit Azeved. *d. l.* 5. *à n.* 8.
» prædictas sententias non esse
» reapse contrarias, sed concor-
» des. Ayora *ubi supr.* aliam me-
» diam sententiam tuetur, subti-
» lem quidem, sed minus soli-
» dam. Tenenda igitur est senten-
» tia Molinæ, quam receptissi-
» mam Hispanis Scriptoribus ap-
» pellat Garcia *de conjug. acq.*
» *n.* 65.

14 » Hæc potestas alienandi
» marito concessa ultra alienatio-
» nes inter vivos protrahenda non
» est, ut monet Azeved. in *d. l.*
» 5. *n.* 15. cum *seq.* ostendens id

Digitized by Google

» probare verba *d. l. 5. Que los* » *pueda enagenar el marido du-* » *rante el matrimonio*, et paulo » post: *I. que el contrato de ena-* » *genamiento vala.* Quare per- » mittendum marito non est, ut » testamento suo de dimidia lu- » crorum parte ad uxorem spec- » tante disponat: tum quia dun- » taxat alienationes per contrac- » tus factæ eidem permittuntur: » tum etiam quia testamenta post » mortem testantium effectum sor- » tiuntur: mortuo autem marito » matrimonium solvitur, quo so- » luto dominium lucrorum in u- » xore in actum transit, et irre- » vocabile fit; consequiturque ip- » sa liberam de parte sua dispo- » nendi facultatem, adeò ut de » his lucris eadem libertate, ac » de cæteris bonis suis disponere » queat, quin partem eorum ali- » quam reservare cogatur nec quo- » ad proprietatem, nec quoad u- » sumfructum filiis prioris matri- » monii, si fortè secundum con- » traxerint, ut expressum habe- » mus in *l. 6. d. tit. 9.* Quibus » consequens est decisio *l. 7. eod.* » ne scilicet locum habeat in hac » parte dimidia, quæ uxoris est » propria, legatum eidem à ma- » rito relictum: sed salva manen- » te hac parte ipsi uxori, valeat » legatum in illis bonis (mariti in- » tellige) in quibus valere possit.

15 » Sicut causa hujus socie- » tatis legalis bona constante ma- » trimonio quæsita communia sunt » conjugum, ita è converso com- » munia erunt debita, onera et » damna, quæ tunc temporis con- » juges contraxerint, ipsisve ob- » venerint; cum secundum natu- » ram sit, ut incommoda cujus- » que rei eum sequantur, quem » sequuntur commoda, et vice » versa, *reg. 29. tit. fin. P. 7.* » *l. 10. de reg. jur.* Tenebitur » itaque uxor, quæ particeps est » vel vult esse lucrorum, debita à » marito contracta solvere. Dixi, » *quæ particeps est vel vult esse* » *lucrorum;* nam si his renuncia- » verit, damni erit immunis, quin » ullam debitorum partem tenea- » tur solvere, ut expressè statu- » tum est *l. 9. d. tit. 9. lib. 5.* » *Recop.*

16 » Hæc autem renunciatio, » quæ uxori permittitur, fieri po- » terit vel ante matrimonium, vel » postquam jam sit solutum, vel » eo constante, cum generaliter » lex loquatur; imo et utatur his » verbis *Marido*, *muger*, quæ » propriè matrimonio jam con- » tracto dicuntur, ut considera- » vit Azeved. in *d. l. 9. num. 8.* » et cum communi tenent DD. » Covarr. *de matrim. part. 2.* » *cap. 7. §. 1. n. 14.* Gomez in » *l. 60. Taur.* quæ eadem est cum » *d. l. 9.* Matienz. in *ead. l. 9.* » *gloss. 1.* Gutierr. *d. lib. 2. pract.* » *quæst. 126.* Nec dicas cum Gre- » gor. Lop. in *l. 5. tit. 11. P. 4.* » et Molina *de just. et jur. dis-* » *put. 435.* obstare renunciationi » constante matrimonio factæ, » quod donationes inter virum et » uxorem sint prohibitæ: quia hæc » prohibitio non respicit donatio- » nes eas, quibus donans paupe- » rior non fit, etsi donatarius, » qualis hic maritus, ditior fiat, » *l. 5. tit. 11. P. 4. l. 5. §. 13.*

Digitized by Google

„*de don. int. vir. et uxor.* Nec „dominium dimidiæ lucrorum „partis est in uxore, matrimonio „constante, irrevocabile, sed re„vocabile; cui proindè renun„ciare, potius est non acquirere, „quam donare, ut probat Go„mez *ubi supr.* Post acceptatio„nem vero, aut renunciationem „non licebit uxori pœnitere, ut „docet Matienz. in *d. gloss. 1. „n. 9.* Sed si decesserit antequam „suam proderet voluntatem, jus „acceptandi aut renunciandi ad „hæredes transmittet, Gomez in „*l. 53. Taur. n. 79.* Matienz. *d. „gloss. 1. n. 8.* Gutierr. *d. quæst. „12. n. 4.* At si mortuo marito „luxuriosè vixerit, amittet lucra „etiamsi jam percepta habuerit: „hæcque ad hæredes mariti de„volventur, *l. 5. d. tit. 9. lib. 5. „Recopil. in fin.* Matienz. in *d. „l. 5. gloss. 8.*

17 „Et quoniam onus cons„tituendi dotem communi filiæ „et propter nuptias donandi fi„lio, constante matrimonio con„trahitur; imo ex ipso matrimo„nio nascitur, ad uxorem quo„que, filiorum scilicet matrem, „quæ lucris non renunciavit, per„tinebit: et ex ipsis bonis cons„tante matrimonio quæsitis, hæ „dotes, donationesve solvendæ; „cum nec lucra, nec bona intel„ligantur, nisi quæ deducto ære „alieno supersunt, §. 2. *Inst. de „societat. in fin. l. 39. §. 1. de „verbor. sign.* Hocque obtinebit „nedum quando duo conjuges ita „donare promiserint; verum e„tiam si maritus solus. Si vero „laudata lucra ad promissionem „adimplendam non sufficerent, u„terque conjux ex propriis bonis „pro parte dimidia solvet quod „reliquum fuerit, si spopondе„rint ambo: sin autem solus ma„ritus promisserit, ejus duntaxat „bona supplemento erunt obno„xia. Habemus hæc omnia in „*l. 8. d. tit. 9. lib. 5. Recop.* „Cujus legis sententiam exten„dunt Interpretes ad casus, in „quibus mortuo uno conjuge, su„perstes prædictas donationes pro„misserit, ut tunc etiam ex com„munibus lucris, quatenus hæc „suppetant, solvantur. Et qui„dem meritò, cum semper dona„tiones istæ onera societatis sint, „quæ minunt lucra, Azeved. in „*d. l. 8. num. 18.* cum *seq.* Ma„tienz. in *l. 3. eod. gloss. 7. à „num. 7.* D. Covarr. *lib. 3. var. „cap. 19. num. 3.* qui hanc ex„tensionem receptam ait in praxi „frequentiori Judicum suffragio. „Contrarium tamen tenuit Go„mez in *d. l. 53. Taur. n. 24.* „duabus motus rationibus, quæ „ex iis quæ diximus, facilè dis„solvuntur.

18 „Igitur hæc legalis socie„tas objecto suo minus ampla est, „quam societas totorum bono„rum, et quam ea omnium lu„crorum à nobis descripta ex *l. „12. tit. 10. P. 5. in Inst. pr. „de societ.* cum nec bona ante „societatem habita respiciat, nec „hæreditates, quæ postea obve„nerint. Itaque verbum *lucra* „(*ganancias* nos dicimus) non „ita largè sumitur in legibus de „hac societate legali loquentibus, „ac in laudata *l.* 12. Largius au-

Digitized by Google

» tem quam in societate univer-
» sorum quæ veniunt ex quæstu à
» nobis quoque exposita in *d. pr.*
» quandoquidem hæc non exten-
» ditur ad fructus bonorum, quæ
» sociorum sunt propria, sed lu-
» cra duntaxat quæstuaria conti-
» net, quæ ex quæstu strictissi-
» mè sumpto, id est, opera cu-
» jusque descendunt, ut putà ex
» emptione, locatione, artificio,
» *l. 7.* cum *seq. pro soc.*

19 » Illa quoque ad hanc so-
» cietatem quadamtenus spectant
» quæ statuta sunt in *ll. 1. 2. 3.*
» *4. 5.* et *6. tit. 3. lib. 5. Recop.*
» quæ eædem sunt cum *54. 55.*
» *56. 57. 58.* et *59. Taur.* I. sci-
» licet: Uxorem sine licentia ma-
» riti non posse constante matri-
» monio hæreditatem sibi dela-
» tam sive ex testamento, sive ab
» intestato repudiare; nec eam a-
» dire, nisi sub beneficio inventa-
» rii; *d. l. 1.* II. Neque posse
» ullum contractum celebrare, vel
» ab antea celebrato resilire: uti
» nec quasi contrahere, nec in ju-
» dicio stare sive agendo, sive se-
» se defendendo, adeò ut nullum
» sit quidquid per se, vel per pro-
» curatorem egerit, *d. l. 2.* III.
» Posse maritum generaliter per-
» mittere uxori ut contrahat, et
» ea omnia præstet, quæ sine ejus
» licentia agere nequit; sicque
» peracta valeant, *d. l. 3.* IV. Va-
» lida quoque esse ea, quæ uxor
» fecerit sine licentia mariti, si
» iste ea habuerit rata, sive rati-
» habitio generalis fuerit, sive spe-
» cialis *d. l. 5.* Quamvis enim ne-
» que hæreditates, neque fortè alia
» de quibus in *dd. ll.* societati
» quæruntur; interest tamen so-
» cietatis, cujus maritus adminis-
» trator est, ea utiliter geri, quan-
» doquidem eorum fructus in com-
» munionem veniunt. Si maritus
» injuria licentiam uxori dare de-
» trectaverit, Judex causa cogni-
» ta eum compellet, et si neque
» compulsus dederit, Judex ipse
» dabit, *d. l. 4.* Idemque servan-
» dum, si maritus fuerit absens:
» nec venturus illico; aut mora
» periculosa sit: actusque ita ges-
» ti firmi validique erunt, perin-
» dè ac si maritus eos probasset,
» *d. l. 6.*

Digitized by Google

LIBER XVIII.

TITULUS PRIMUS.

DE CONTRAHENDA EMPTIONE: ET DE PACTIS INTER EMPTOREM ET VENDITOREM COMPOSITIS: ET QUÆ RES VENIRE NON POSSUNT.

Cod. lib. 4. tit. 38. (1).

1 *Admonitio generalis.*
2, 3 et 4 *De venditionibus in quibus error intervenerit.*
5 *De pactis inter emptorem et venditorem.*
6, 7, 8 et 9 *Quæ res vendi possunt, et quæ non, latè agitur.*
10 *Jus Hispanum.*

1 Emptionem venditionem contractum omnium frequentissimum et celeberrimum esse, omnibus est notum. Perficitur quoque solo consensu, et quasi principatum inter hujus generis contractus tenens occupat in *Inst. tit. 24. lib. 3.* ubi plura de eo loqui oportuit. Cætera *hic* trademus, et in *aliquod seqq. tit.* qui intra ejusdem metam siti sunt. Omnia quæ consensum impediunt, hunc et qualemcumque contractum impedire, superfluum est monere. Quare duntaxat examinandum, quando qui de emptione tractant, consentire vel dissentire intelligantur, dum id dubitari potest: quemque effectum, imperfectus consensus producat. Quid dolus operetur in contractibus bonæ fidei, qualis est iste, diximus in *tit. de dolo malo: n. 2.* cum *seq.* quid vero metus in *tit. quod metus causa.*

2 Eos qui errant non habere consensum, nihilque tam contrarium esse consensui, quam errorem, dixit Ulp. in *l. 15. de jurisdict.* et in *l. 2. de judic.* Hæc tamen doctrina non est ita generaliter huic contractui accommodanda, ut omnis error venditionem inutilem reddat. Erit utique nulla venditio, si erratum fuerit ab aliquo è contrahentibus in ipsa re, veluti si putante te vendere fundum Sempronianum, ego putabam emere Cornelianum, quia in corpore dissentimus, *l. in venditionibus 9. hoc tit.* (2). Idem juris est, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia seu in materia error sit, ut putà si æs pro auro, plumbum pro argento

(1) Tit. 5. P. 5. et titt. 11. et 12. lib. 5. Recop.

(2) L. 30. d. tit. 5. P. 5.

Digitized by Google

vendatur, *d. l. 9. §. 2.* (1) licet aliud sit in stipulatione, ut ex *l. 22. de verb. obl.* diximus in *Inst. §. 22. de inut stipul.* discriminis rationem adsignantes: atque etiam in pignore, cujus constitutio valet si quis pignori æs dederit affirmans aurum esse, *l. 1. §. 2. de pigner. act.* quod tamen de creditore decepto volente intelligit Glossa, ut in ejus arbitrio sit, quod valeat vel non valeat æris pigneratio: quam interpretationem probant etiam Anton. Fab. in *d. l. 1.* et Voet *hoc tit. n. 5.* Regulare autem est, ut creditori placeat obligationem probare: quia præterquam quod satius ipsi est, æri saltem incumbere, quam nullam in re securitatem habere: actio contraria ei competit adversus debitorem, ut ait Ulp. in *d. l. 1. §. 2.* qua quidquid damni fuerit passus consequetur: atque hac forte de causa obligationem valere dixit *ibi* Ulpian. attendens quod regulariter accidit. Nulla quoque erit venditio si erratum fuerit in pretio, *d. l. 9.* id est, ut *ibi* explicat Gloss. et probat *l. si decem 52. locat.* si venditor de majori, emptor de minori senserit: nam si ego minoris vendere tibi equum sensero, ut pluris te emere, emptus tibi erit (2), quanti ego putavi, ut de locatione docet Pompon. in *d. l. 52.*

3 E contrario venditioni non oberit error in nomine, dum de corpore constet, *d. l. 9. §. 1.* (3), ut etiam de legato et de stipulatione vidimus in *Inst. §§. 29. de legat.* et *22. de inut. et stipul.* Nec error in qualitate rei accidentali, veluti si aurum emptum deterius esset, quam emptor existimaret, *l. 10. hoc tit.* vel etiam si pro vino vendidisti acetum, quod ante vinum erat, et acuit: si enim vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, aliud pro alio venisse videtur, et venditio erit nulla, *d. l. 9. §. 2.* Sed et valebit venditio, si non in tota materia, sed in parte ejus duntaxat fuerit erratum, ut putà si quod aureum dicebatur, esset inauratum, vel magna ex parte æneum, *l. quid tamen 14. eod.* cujus generis esse aurichalcum de quo Marciam. in *l. Labeo 45. eod.* contendit Voet *hoc tit. n. 5.* Cui non est contraria *l. cum eo 41. in fin. eod.* dum ait, nullam esse emptionem, si mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti: quia ut exponit Cujac. *lib. 2. observ. cap. 4.* alia causa seu natura est mensæ auro vel argento coopertæ, ac mensæ inauratæ vel inargentatæ: quandoquidem cum illa nihil habeat auri vel argenti immixtum seu infusum, nullatenus dici potest aureat: quod contra accidit in mensa inaurata, vel ex parte, licet minori, aurea; ut proinde in illa error sit in tota materia; non ita in hac. Istam conciliandi rationem probant communiter recentiores Interpretes. Alias minus

(1) L. 21. eod.
(2) D. l. 20.
(3) D. l. 21.

Digitized by Google

solidas adduxit Glos. in *d. l. 41.*

4 Sed neque unquam venditionem vitiat error in quantitate rei venditæ; pretium vero, dum is contigerit, interdum augendum vel minuendum; sed non semper. Primum obtinebit, si venditio fuerit celebrata ad quantitatem, numerum seu mensuram, *l.* qui *fundum* 40. §. 2. *hoc. tit. l.* 4. §. 1. *de act. empt. et vend.* Si igitur cum agrum venderes, dixisti jugera 18. esse, et ad singula jugera certum pretium stipulatus fuisti; pro 20. pecunia tibi debetur, si 20. inventa sint, *d. l.* 40. §. 2. Idem erit dicendum si modus seu quantitas designata inveniatur, sed non ejus bonitatis vel qualitatis, quæ fuit expressa: veluti si cum dixisses 10. jugera in pratis esse, et 10. in vineis; 12. in pratis, et 8. in vineis reperta fuerunt, *d. l.* 4. §. 1. *de act. empt. et vend. l. si duorum* 42. *eod.* Quando vero venditio fuerit facta non ad modum seu mensuram, sed ad corpus seu speciem, non erit augmento vel diminutioni locus, etsi major vel minor numerus jugerum, quam qui expressus fuit, inveniatur, ut probat *l. qui fundum* 45. *de evict.* Censebitur autem ad mensuram facta, cum venditor fundum vendens adjecerit certum pretium in singula ejusdem fundi jugera; insuper habito, utrum expresserit eorum numerum, necne: aliàs ad corpus, sive simpliciter facta, non expresso jugerum numero; vel etiam hoc expresso, demonstrato tamen fundo ut contento intra certos fines, sive alio modo, ut etiam probat *d. l.* 45. *de evict.* Si denique dixerit: *Vendo* 10. *jugera fundi Corneliani*, 10. duntaxat in venditionem venient. Vide D. Covarr. la e et optime hoc argumentum quotidianum per plurimos casus perscrutantem, *pract. quæst. cap.* 3. ubi quando et quo respectu hujusmodi venditiones puræ sint, vel conditionales tractat, et ad quem pertineat periculum rerum ita venditarum. Vide etiam Gomez cum Ayllon 2. *var. cap.* 2. *n.* 16. plures laudantem. Nec denique venditionem impedit error in accessionibus rei venditæ *l. si in emptione* 34. *hoc tit.* Quomodo autem consulatur læso in venditionibus hucusque relatis, quæ validæ sunt, opportune tradetur *in titulo de ædilit. edict.*

5 De pactis inter emptorem et venditorem compositis, exigit ut aliquid *hic* dicamus, secunda *rubricæ hujus tit.* pars: de quibus tamen leviter loquemur: quia pacta *addictionis in diem et legis commisoriæ*, quæ in hoc contractu famosissima sunt, propriam habent sedem in *duob. titt. seq.* et de pacto de revendendo seu retrovendendo etiam famosissimo, et probato in *l.* 2. *C. de pact. int. empt. et vend.* loquimur *infr. in Append. de retract. n.* 32. cum *seq.* Pacta cætera quibus nec natura nec leges impedimento sunt, utiliter huic contractu adjiciuntur (1), ut exceptio-

(1) L. 37. d. tit. 5. P. 5.

Digitized by Google

nem producant si detrahentia sint; et actionem contractus augeant si augentia fuerint, et in continenti adjecta, nisi naturæ ipsius contractus adversentur, ut monuimus in *Inst.* §. 2. *de obl. n.* 6. Illud vero taciti præterire nolumus, oscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit, quam emptori: quia potuit re integra apertius loqui, *l. Labeo* 21. *hoc tit.*

6 Modo videamus de tertia *ejusdem rubricæ* parte, rebus scilicet quæ venire non possunt. Quænam hæ sint tradit Paulus in *l. si in emptione* 34. §. 1. *hoc tit.* inquiens, omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest venditionem recte fieri: nullam vero venditionem esse earum, quas natura, vel jus gentium, vel mores civitatis commercio exuerunt (1). Licet autem harum rerum quæ in commercio non sunt emptio non teneat: tamen si quis nesciens hujus esse naturæ, eas de facto emerit, actionem ex empto adversus venditorem habebit, *l. qui officcii* 62. §. 1. *eod.* eo effectu quem exposuimus in *Inst.* §. *ult. eod.* et iterum memoravimus in *tit. de act. empt. et vend.* tanquam in loco proprio: quo respectu et non alio dicitur in *l.* 4 et in *l. libri* 70. *hoc tit.* harum rerum emptionem intelligi, si ab ignorante emantur. Huc quadantenus referri possunt venena mala, quæ nullo modo adjectione alterius materiæ usui nobis esse possunt: quorum quoque nulla contrahi emptio potest. Aliud vero dicendum de illis, quæ mixta aliis materiis adeo naturam nocendi deponunt, ut ex eis salubria medicamenta conficiantur, *l. quod sæpe* 35. §. 2. *eod.* (2). Eo quoque referendi libri improbatæ lectionis, qui statim consumi seu comburi debent, *l.* 4. §. 1. *fam. ercisc. l.* 8. §§. 1. et 3. *C. de sum. Trinit.* (3). Animadvertendum autem, quod licet locus sacer vel religiosus tanquam res extra commercium vendi nequeat specialiter et per se: tamen si modicus est, emptioni majoris partis accedit, et in actionem ex empto venit, *l. hanc* 22. junct. *l.* 24. *hoc tit.* (4).

7 Prohibita etiam est, et nulla pronunciatur venditio rei litigiosæ in *ll.* 2. et *ult. C. de litigios.* statutis in *hac* pœnis adversus eos qui illas vendere aut emere præsumpserint. Præterea nonnullæ sunt res, quarum emptio vel venditio prohibetur, vel quia Principi reservatæ, qualis est purpura, vel usui publico destinatæ, vel ne ad hostes transvehantur relatæ in *C. lib.* 4. *tit.* 40. et 41. Ulterius, inter res quæ vendi prohibentur enumerant plurimi Interpp. res furtivas: nullam tamen laudant legem, qua id indistincte constitutum appareat. Sane *lex XII. Tab.* earum alienationem seu venditionem prohibuit: alias inepte et præmature ipsarum usucapionem vetasset, ut disserit Ant.

(1) L. 15. eod.
(2) L. 17. d. tit. 5. P. 5.
(3) L. 2. tit. 15, P. 6.
(4) D. l. 15.

Digitized by Google

Fab. in *d. l. 34. §. 3.* Jure autem *Pandectarum* attento, distinguendum ex Paulo in *d. l. 34. §. 3.* ut si emptor et venditor sciant furtivum esse quod venditur, à neutra parte obligatio contrahatur: si emptor solus sciat non obligetur venditor; nec tamen ex vendito prætium consequatur, nisi ipse ultro rem venditam præstet, ne cum aliena jactura locupletetur: si denique venditor sciverit, emptor ignoraverit, utrinque obligatio contrahatur: quæ mutua obligatio proculdubio facilius obtinevit, si uterque ignoravit. Monendi vero sumus, quod dum his casibus rei furtivæ venditio valet ob ignorantiam emptoris, non recte hic desiderabit, ut rem furtivam quam emerat non prius reddat, quam pretium fuerit solutum à domino, *l. incivilem 2. C. de furt.*

8 Nulla etiam est emptio rei extinctæ quæ nempe ante venditionem in rerum natura esse desiit, *l. etsi 15. hoc tit.* Quando rei emptæ nihil permanserit, hæc regula plene obtinet. Videamus autem, an æque obtineat cum aliquid manet, ut in domo area. Si à te domum emero, et ambo eam esse combustam ignoraremus, nihil venisse erit dicendum, quamvis area maneat; et pecunia soluta condici poterit. Idem est, si non tota domus, sed pars ejus, amplior tamen, exusta sit. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia fuerit exusta, coarctandus est emptor venditionem adimplere; æstimatione viri boni arbitratu facta, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuit inventum, ab ejus præstatione liberetur, *l. domum 57. eod.* (1). Si autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nulla venditio stabit, si tota domus exusta sit. Manente vero quantacumque parte ædificii, venditio erit valida, et venditor emptori quod interest restituet, *d. l. 57. §. 1.* Simili modo valebit venditio, si ex diverso emptor sciebat, venditor autem ignorabat; et omne pretium ab emptore venditori solvendum, *d. l. 57. §. 2.* utique si pars aliqua permaserit, non si tota domus sit combusta, ut bene interpretatur Gloss. in *d. §. 2.* (2). Et tandem, si uterque sciebat domum esse exustam vel totam vel ex parte, nihil actum intelligitur: dolo inter utramque partem compensando, *eod. l. 57. §. 3.* Itaque cum tota domus combusta est, nunquam valebit venditio domus, servatis distinctionibus recensitis, quando pars ejus permanet. Hæc omnia, quæ de domus venditione diximus, locum habent in venditioni fundi, si ejus arbores vento dejectæ vel igne absumptæ sint, et contemplatione earum, veluti oliveti, fundus comparatur *l. arboribus 58. eod.* (3).

9 Suæ denique rei emptio non valet, sive sciens, sive

(1) L. 14 d. tit. 5. P. 5.
(2) D. l. 14.
(3) D. l. 14.

Digitized by Google

ignorans quis eam emerit: quod itaque solverit ignorans emptor, repetet tanquam prorsus indebite solutum, *l. suæ 16. eod.* (1). Cum tota tamen re quoque partem nostram recte emimus, ut monemus *tit. seq. n. 6.* Sed et possessionem rei meæ, quam alius habuerit, emere potero, *d. l. 34. §. 4. hoc tit.* (2). Atque etiam rem ipsam sub conditione quod mea non fuerit: quia forte speratur meam esse desinere, *l. existimo 61. eod.* Neminem invitum vendere cogi, et casus qui ab hac excipiuntur regula, monuimus in *Inst. §. ult. de his qui sui vel al. jur. sunt n. 5.* Res vero quæ non sunt in rerum natura, esse tamen sperantur, ut puta fructus nascituri ex fundo Tusculano, fœtus certarum pecudum, vendi possunt; sed venditio tacitam conditionem continebit *si nascantur*, ut eis non natis nulla sit (3), ut in argumento legatorum diximus in *Inst. §. 7. de legat.* et docet *l. 1. §. ult. de cond. et demonst.* Plane si emptor casum fortuitum non nascendi in se susceperit, pura venditio erit, et periculum seu casus ad emptorem pertinebit (4): quasi spei emptio sit, quam valere et puram esse ostendimus in *Instit. §. ult. de emt. et vend.*

10 "In Hispania *lex 14. tit. 5. P. 5. in fine* probat venditionem domus deustæ destructæve qua talis, factam à venditore sciente et emptorem monente: quam doctrinam putat deviam ab his quæ *n.* 8. diximus ex *d. l. 57. hoc tit.* Greg. Lop. in *glos. 9. d. l. 14.* Sed cum hæc loquatur de venditione domus exustæ, qua talis facta, ibi: *por tal qual es*; crediderim, distinctum esse hunc casum ab eo quem in *d. n. 8.* descripsimus ex *laud. l. 57. §. 3.* in quo improbatur utique venditio domus exustæ facta inter scientes, sed simpliciter quidem facta, et non domus deustæ *qua talis*: sic enim nullo jure improbanda videtur, nec contrahentes in dolo esse; sed tantum vendere emereque aream utentes nomine *domus*: errorem autem in solo nomine dum de corpore constat, non vitiare venditionem, ostendimus *sup. n. 3.* omnibusque est notum. Vult quoque *eod. l. 14.* ut quando emptor ignorat domum esse deustam aut corruisse, nulla sit venditio, sive tota, sive major ejus pars fuerit collapsa; valeat autem si pars destructa fuerit minor; vel ut addit Greg. Lop. in *glos. 9. ejusd.* dimidia: decrescente utique pretio, habita partis destructæ ratione. Jure autem Romano valida est, quantacumque sit pars quæ remaneat, ut ex *d. l. 57. §. 1. hoc tit.* diximus *sup. n. 8. vers. Manente.*

(1) L. 18. d. tit. 5. P. 5.
(2) D. l. 18.
(3) L. 11. eod.
(4) D. l. 11.

TITULUS SECUNDUS.

DE IN DIEM ADDICTIONE (1).

1 *Quid sit pactum* addictionis in diem: *et quid intersit an venditio quæ sub hoc pacto fit, pura sit vel conditionalis.*

2 *Quando melior conditio allata venditori dicatur.*

3, 4, 5, et 6 *Quænam facere possit venditor meliori conditione allata.*

1 Pactum addictionis in diem solet brevitatis causa appellari *addictio in diem*, ut *passim* in *hoc tit.* quamvis minus proprie. Sic autem describi poterit: *Pactio emptionis venditionis, qua res aliqua venditur ea adjecta lege, ut inempta sit, vel venditio rescindatur, si alius intra certum tempus meliorem fecerit venditori conditionem* (2). Potest autem venditio sub hac lege fieri, ut vel sit pura et ejus resolutio conditionalis, facta meliore conditione; vel vice versa: quod ex verborum conditione dignoscendum, ut ex *l. 2. hoc tit.* monuimus in *Inst. §. 4. de empt. et vend.* et exemplis exponuit *ipsa lex* 2. Multum autem interest, utrum pura, an conditionalis sit. Ubi pura est venditio, emptor cui res in diem addicta est, statim ejus fit dominus, tradictione secuta, si venditoris propia erat, vel usucapiendi conditionem nanciscitur, si aliena: et fructus et accesiones lucratur, *d. l. 2. §. 1.* quæ contra sunt, si conditionalis fuerit, *l. 4. eod.*

2 Melior autem conditio fieri videtur, si pretio sit additum. Sed etsi nihil pretio addatur; solutio tamen offeratur pretii facilior vel maturior, melior conditio afferri videtur; atque etiam si locus opportunior solvendo pretio dicatur. Melior quoque conditio allata videbitur, si persona idoneior ad emptionem accedat, ut putà si quis accedat ejusdem pretii emptor, qui levioribus emat conditionibus, vel qui satisdationem nem nullam exigat. Quinimo idem erit probandum, etsi viliori pretio emere sit paratus, ea tamen remittat quæ venditori erant gravia in priore emptione, *d. l. 4. §. ult.* Et generaliter, quidquid ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet, *l. 5. eod.* (3).

3 Allata meliore conditione, si venditio fuit conditionalis, acta non intelligitur, ex natura actuum conditionalium, qui deficiente conditione corrunt quasi non extitissent. Si vero pura fuerit, nondum hoc ipso liberatus est

(1) L. 40. tit 5. P. 5.
(2) D. l. 40.
(3) D. l. 40.

Digitized by Google

emptor, nisi id actum sit; sed liberum est venditori oblatum conditionem abjicere, ac sequi primam quasi meliorem. Cæterum si nominatim actum erat, ut liceret resilire emptori, meliore conditione allata, dissoluta erit prior emptio, etiamsi venditor sequentem non admittat, *l. Sabinus 9. hoc tit.* Si venditor meliorem allatam conditionem non abjecerit, necesse habebit de ea priorem emptorem certiorem facere, ut si quod alius adjicit, ipse quoque adjicere possit, *l. 8. eod.* quæ auctorem habet Juriscons. Paulum. Quare dum idem Paul. in *l. præced.* ait, licere venditori meliore allata conditione addicere posteriori, nisi prior paratus sit plus adjicere; ita axaudiendus est, ut verbum *plus* non referat ad pretium secundi emptoris, sed ad ipsius primi emptoris pretium, quod in initio obtulerat; quasi dixerit in exceptione: *Nisi prior paratus sit plus adjicere pretio suo, ita ut æquale saltem evadat pretio alterius.* Nam in pari pretio prior emptor est potior ex *d. l. 8.* (1), ut recte Voet. *hoc tit. num. 4.* quamvis non sic id explicet: quia cum in priorem emptorem jam fuerit translatum dominium, favorabilior est causa ipsius, quam alterius, ut bene probat Anton. Fab. in *d. l. 7. hoc tit.* Fructus autem quos perceperit inter meliorem conditionem allatam, et sequentem adjectionem venditori restituet: quia licet idem sit emptor, nova emptio est, finita priori, *l. ult. de jur. fis.* nisi aliud fuerit actum, *l. 6. §. ult. hoc tit.*

4 Venditor cui melior conditio allata est, si eam non abjecerit, nec prior emptor pretium suum auxerit, secundum ea quæ modo diximus; poterit, sed non tenebitur eam addicere meliorem conditionem afferenti, *l. si venditor 14. §. 2. eod.* utroque autem modo, id est, sive addicat sive non addicat prior emptio dissolvetur, advenienie conditione resolutiva: atque ita resoluta, res ipsa vendita libera erit, ac sine onere, si forte medio tempore ab emptore pignori obligata fuerat, *l. 4. §. 3. eod.* Sed et fructus rei, quos eodem tempore emptor perceperit, ei restituentur, quanvis secundo emptori fuerit addicta, *l. item 6. eod.* (2), nam emptorem secundum qui meliorem conditionem attulerit, nihil sequitur præter corpus quod venierit, *d. l. 14. §. penult.* Sicut autem fructus venditori restitui necesse est; ita prior emptor de reditibus retinebit, quæ eodem tempore erogata probaverit (3), et si hi non sufficiant, ei quod superfuerit solvetur, *l. Imperator 16. eod.* Liberum insuper erit venditori rem sæpius in diem addicere, id est, etiam secundo vel tertio emptori qui meliorem conditionem fecerint, hoc pactum adjicere, *l. 11. eod.*

(1) D. l. 40.
(2) D. l. 40.
(3) D. l. 40.

Digitized by Google

5 Prioris emptoris liberationi non oberit, quod non sit solvendo is cui majore pretio res fuit addicta: quandoquidem etiam per hanc addictionem abitum est à priore emptione: quia ea melior intelligitur, quam venditor comprobavit, cui licuit non addicere, *d. l. 14.* §. 2. Sed et si pupillus sine tutoris auctoritate pluris emerit, consentiente venditore, abibitur à priore emptione. Idemque erit si secundus emptor fuerit servus alienus. Prior quoque emptio dissolvetur, etsi dolo seu culpa emptoris alius non idoneus subjectus fuerit, eique addicta res: sed venditor deceptus ex vendito actionem habebit cum priore emptore, quanti sua intersit id non esse facium, *d. l. 14.* §. 1. et 3. At si venditor rem addixerit servo proprio, vel filio quem in potestate habet, vel per errorem domino ipsius rei: aliud erit dicendum (1): quia his casibus addictio seu secunda emptio nulla est, *d. l. 14.* §. 3. Sed nec priorem emptionem turbabit, quod falsus emptor postea subjectus sit, vel alius existat emptor, qui tamen meliorem conditionem non afferat, *d. l. 4.* §. 5. *eod.* (2). Si vero venditor simulavit, meliorem allatam conditionem, cum minoris, vel etiam tantidem alii venderet, utrique emptori in solidum erit obligatus, *d. l. 14. in pr.*

6 Si tribus dominis vendentibus partes suas rei communis variis pretiis, duo addixerint posteriori qui meliorem conditionem fecit, unus non admiserit adjectionem, hujus pars priori, duorum posteriori empta erit: sive partes vendentium fuerint pares, sive dispares, *l. quod 11.* §. 1. cum *l. seq. hoc tit.* Quod si uno pretio vendiderint, dicendum est totam rem priori emptori manere *l. 13. eod.* Diversitatis ratio in eo stat, quod in primo casu plures sunt separabiles venditiones pro varietate pretiorum; in secundo una individua, *l. cum ejusdem 34. de ædil. edic.* Sed nec res dividetur, ubi plura fuerint pretia, si prior emptor ita contraxit, ut nisi totum fundum emptum nollet habere, *d. l. 13. in fin. pr. et ibi* Glos. *d. l. 34.* §. 1. Illud etiam monet Ulpian. in *d. l. 13.* §. 1. posse etiam unum ex venditoribus meliorem afferre conditionem, rationem addens: *Emere enim cum tota re etiam nostram partem possumus.* Et nota tandem pro *huj. tit.* complemento, fisci privilegium esse, ut quamvis in venditione pactum addictionis non adjecerit, possit meliorem conditionem admittere intra tempora quæ in fiscalibus auctionibus vel hastis statuta sunt, *l. si tempora 4. C. de fid. et jur hast. fisc.* Civitatibus vero id non licet in venditione prædiorum publicorum, nisi propriam legem seu concessionem habuerint, *l. Lucius 21.* §. *ult. ad municip.*

(1) D. l. 40.

(2) D. l. 40.

Digitized by Google

TITULUS TERTIUS.

DE LEGE COMMISSORIA. (1)

1 *Quid sit* lex commissoria.
2 *Liberum est venditori vel ea uti, vel pretium petere: et quæ actio competat.*
3 *De fructibus, et iis quæ data fuerunt arrhæ, vel alio nomine.*
4 *Per solum temporis statuti lapsum locus fit legi commissoriæ; si autem non fuerit statutum, necessaria est emptoris interpellatio.*
5 *Jus Hispanum.*

1 Pacto *addictionis in diem*, quod modo exposuimus, simillima est *lex commissoria*, de qua in *hoc tit.* agitur: nam quemadmodum per illud resolvitur venditio meliore conditione allata, seu aucto pretio; ita per hanc eo non soluto. Est igitur: *Pactio qua res ita venditur, ut si intra certum tempus pretium non solvatur, inempta sit, vel rescindatur venditio* (2). Animadvertere autem oportet, legem commissoriam nihil aliud significare quam pactum commissorium. Audiamus sum. Cujac. de ea loquentem dum agit de *leg. 6. hoc tit. in lib. 2. respons. Cervidii Scævolæ*: *Hæc*, inquit, *lex non est scitum populi; et est per quam ridiculus (hoc non possum rejicere) qui de legibus scripsit Pop. Roman. et inter eas posuit legem commissoriam, quæ est pactum, id est, lex emptionis venditionis, qua id agitur, ut nisi intra diem certum* et. De hujus generis venditionibus ait Ulp. in *l. 1. hoc tit.* magis esse ut sub conditione resolvi, quam ut sub conditione contrahi videantur: et sane regulare est, ut ita fiant, et puræ sint. Cæterum nihil obstat quominus ex conceptione verborum conditionales evadant, ut bene probat Voet *hoc tit. n. 1.* ex *l. statuliber 38. §. ult. ad leg. Falcid.* quo casu ea servabuntur quæ in simili diximus *tit. præced. n. 1.* Nunc autem de puris loquemur.

2 Cum pretium ad diem conventum solutum non fuerit, res inempta intelligitur, si venditor inemptam esse velit: quia cum venditoris causa adjectum sit pactum, *l. 2. hoc tit.* legem commissoriam exercebit si volet: non etiam invitus, *l. 3. eod.* (3): quod etiam obtinere in pacto addictionis in diem, vidimus *tit. præced. n. 3.* Statim autem atque commissa est lex, statuere venditor debet, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium

(1) L. 38. d. tit. 5. P. 5.
(2) D. l. 38.
(3) D. l. 38.

petere: nec poterit si alterutrum elegit, postea variare, *l. 4. §. eleganter 2. l. 7. eod.* (1). Si ergo pretium petat, legi commissoriæ renunciatum videtur, *d. l. 7.* Cum vero pendente tempore emptor dominus rei sit, fructus interim sibi suo jure percipiet. At venditione cessante actio etiam de his venditori dabitur adversus emptorem (2): quia nihil penes eum residere oportet ex ea re in qua fidem fefellit, *l. 5. eod.* quæ actio pro recuperanda re cum fructibus et accessionibus et ut ei sarciatur damnum, si res deterior sit effecta facto emptoris (3), ex vendito erit, ut ex rescriptis Antonini et Severi declaratum est, *d. l. 4. hoc tit. & sed Celsus 6. §. 1. de contr. empt.* Nec turbari debemus, quod in empto fundo facto, dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est: et cum lege id dictum sit, apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emptori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset; non ut omnis obligatio empti et venditi utrinque solveretur, ut eleganter dixit Pompon. in *d. l. 6. §. 1.* Idem dicendum quando ex pacto addictionis in diem venditio resolvitur, *l. Imperator 16. de in diem. addic.* An autem præter hanc in personam actionem competat etiam venditori rei vindicatio, disputat et distinguit casus Gerard. Noodt *hoc tit. in fine.*

3 Poterit quoque venditor, resoluta venditione, sibi retinere quod arrhæ vel alio nomine ipsi datum sit ab emptore, *l. 6. hoc tit.* atque id est quod Ulpian. ait in *l. sed. et si 25. de hær. pet.* venditorem lege commissoria lucrum sentire: quod in pœnam emptoris est constitutum; quia ut *num. præced.* diximus ex *l. 5. hoc tit.* fidem fefellit, pretium quod obtulerat non solvendo. Sicut autem venditor rem recuperat, ita æquum est, ut si forte partem pretii acceperat, eam emptori restituat. Cæterum si iste illam numeraverit et perdiderit, fructus lucrabitur ex sententia Neratii probata tanquam humana ab Ulp. in *d. l. 4. §. 1. eod.* (4) Et sane inhumanum esset, venditorem locupletiorem fieri cum emptoris jactura, rem cum fructibus ab hoc recuperando, simulque partem pretii retinendo. Præterea si venditori damus jus hanc pretii partem quam acceperat retinendi, fructusque una exigendi, deterior conditio esset ejus qui partem pretii solverat, quam qui nihil: quandoquidem hic totum pretium conservat. Liberum itaque erit venditori vel fructus exigere, vel partem pretii sibi traditam retinere: utrumque simul nda recte postulabit (5). Ratio autem humanitatis effecit, ut hoc casu

(1) D. l. 38.
(2) D. l. 38.
(3) D. l. 38.
(4) D. l. 38. tit. 5. P. 5.
(5) D. l. 38.

recedatur à regula docente in *d. l. 5.* nihil penes emptorem residere oportere ex ea re, qui eadem fefellit, quam *n. præced.* memoravimus. In arrhis vero cæterisque datis venditori, non tanquam parte pretii, sed alio nomine, veluti in symposium, proxeneticum et similia, regula viget, et apud venditorem remanebunt, ut modo monuimus ex *l. 6. eod.* quia id censetur actum in pœnam emptoris recusantis adimplere contractum, ut nihil proinde recipiat. Quod autem in *l. ult. eod.* proponatur emptorem fuisse pactum, ut arrhas perderet, non probat non aliter perdi quam pactione adhibita, sed in facto ita contigisse, et plerumque solere adjici. Quid simile de fructibus habemus in *l. 6. §. 1. de contr. empt.* Vide, si placet, Anton. Fab. in *d. l. 4. §. 1.* et Voet *hoc tit. num. 3.*

4 Per solum temporis conventi lapsum legi commissoriæ fit locus, etiamsi emptor interpellatus non sit: quia ut dici solet, dies interpellat pro homine, *d. l. 4. §. ult. l. 12. C. de contr. et committ. stipul.* (1). Liberabitur autem idem emptor à pœna legis, resque intacta permanebit, nedum pretium solvendo, sed etiam illud offerendo: quod si non sit cui offerat, poterit securus esse, *d. l. 4. §. ult.* testans scilicet statuto die se paratum esse totum pretium solvere, illudque obsignans, *l. ult. hoc tit.* Plane quamvis fere semper contingat, ut in venditionibus hujus generis dies adjiciatur; tamen nihil impedit diem non adjici et indefinite concipi, arg. *l. 3. de contr. empt. et l. si quis 41. de rei vind.* Et si ita evenerit, non aliter lex commissoria obtinebit, quam si emptor fuerit interpellatus, cum sine interpellatione in mora non sit. Possunt etiam contrahentes convenire, ut pretio intra certum tempus non soluto, liceat venditori eandem rem alteri vendere; et cuanto minoris vendiderit, id à priore emptore exigat; quo casu ut hoc consequatur, actionem ex vendito habebit venditor, *d. l. 4. §. 3. hoc tit.*

5 "In Hispania *l. 38. tit. 5. P. 5.* quam sæpe in *margine* laudavimus tanquam probantem omnia fere quæ *hoc tit.* diximus ex Romanorum jure, expresse statuit, ad venditorem non pertinere, venditione resoluta, fructus quos labente tempore emptor perceperat, si noluerit huic restituere arrham seu partem pretii sibi jam traditam; quam doctrinam improbat in arrha apud Romanos *legem 6. hoc tit.* si non certum, probabilius saltem est, ut examinavimus *sup. n. 3.* et communiter docent Interpretes.

(1) L. 8. tit. 14. P. 5.

TITULUS QUARTUS.

DE HÆREDITATE VEL ACTIONE VENDIT.

Cod. lib. 4. tit. 39. (1)

1 *Ratio adjiciendi hunc titulum.*
2 *et* 3 *Quomodo vendi potest spes hæreditatis.*
4 *Cui et adversus quem competunt actiones hæreditariæ, hæreditate vendita.*
5 *De stipulationibus emptæ et venditæ hæreditatis: et quod emptor hæreditatis nec plus, nec minus habiturus est, quam futurum erat apud hæredem.*
6 *Quid præterea venditor emptori debeat præstare, et anteneatur de evictione.*
7 *et* 8 *Sicut lucrum ad emptorem pertinet, ita et damnum.*
9 *An transeat in emptorem jus accrescendi, vel præstandum et sit.*
10 *et* 11 *De emptore actionis seu nominis, et quænam in eum transeant.*
12 *et* 13 *Novitates introductæ ab Anastasio et Justiniano circa actionum venditiones.*
14 *Quid monendum de jure Hispano.*

1 Rerum incorporalium naturam non impedire quominus vendi possit, superfluum esset monere. Sed quia in hæreditatis et actionis venditionibus quædam observantur à cæteris venditionibus devia, non est inutile *titulum istum* adjicere. Quid sit hæreditas, quidque actio exposuimus in *Inst. tit. de reb. corpor. et incorpor.* et *in pr. de act.* Videamus igitur primo de hæreditatis venditione, acturi postea de venditione actionis.

2 Cum nulla sit venditio sine re quæ veneat, *l. nec emptio 8. de contr. empt.* nihil erit actum si hæreditas venierit ejus qui vivit, aut nullus est: quia in rerum natura non est quod venierit, *l. 1. hoc tit.* Ut itaque hæreditatis venditio esse possit, hæreditatem esse necesse est. Qui enim hæreditatem emit, non aleam emit ut in venatione; sed rem, quæ si non est, non contrahitur emptio; et pretium condicetur, *l. 7. eod.* nisi aliter inter contrahentes fuerit actum, ut id intelligunt Glos. et Interpp. communiter, quia eis volentibus etiam hæreditatis spes emi potest. Plane enim vera venditio erit, si venditor dixerit: *Si qua sit, hæreditas, esto tibi empta:*

(1) L. 13. l. 34. tit. 5. P. 5. l. 64. tit. 18. P. 3. quæ formulas instrumenti venditionis exhibet.

Digitized by Google

et tunc quasi spes hæreditatis, seu ipsum rei incertum venit, ut in retibus, docente Ulpian. in *l. nam. 11. eod.* Quod autem spes hæreditatis vendi possit, facile procedit quando hæreditas est incertæ personæ: si vero fuerit personæ certæ, tanquam odiosum et præbens occasionem captandæ mortis, improbatur de spe ejus pacisci: nisi his de cujus hæreditate agitur, suam voluntatem pactioni seu venditioni accomodaverit, et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit, *l. ult. C. de pact.* (1) ut jam monuimus in *tit. de pact. n. pen.*

3 Si vero quis non sub conditione ut in præcedenti casu, sed pure vendiderit tanquam suam, hæreditatem Titii defuncti, quæ tamen ad ipsum non pertinuit, valida venditione existente, æstimabitur hæreditas et tantum emptori præstabit, *l. 8. eod.* At si non ipsam hæreditatem, sed si quid juris in ea haberet, vendidisset; et ad eum hæreditas nullatenus pertinuerit, nihil ab eo præstabitur, *l. 10. eod.* ubi et ratio: quia quemadmodum emolumentum, ita periculum ad emptorem pertinet, id est, ut interpretatur Glos. quia hoc casu non tam hæreditas, quam hæreditatis spes emitur: ut casus sit simillimus ei quem descripsimus *n. præced.* ex *l. 11. eod.*

4 Actum de venditionibus quibus venditur non tam hæreditas, quam spes ejusdem; vel ipsa quidem hæreditas, sed ab eo ad quem non pertinuit. Accedamus ad illas per quas vendimus hæreditates nobis deletas et quæsitas. Eum qui semel hæres existit, non posse hæredem esse desinere, patet ex *l. 7. §. 10. de min. xxv. an.* et *l. ei qui 88. de hæred. inst.* et docet Justinianus etiam in eo qui hæreditatem restituit ex voluntate testatoris, in *§. 3. Inst. de fideic. hæred.* Unde is in quem facto hæredis transfertur hæreditas, non erit hæres, sed loco duntaxat hæredis habebitur, *d. §. 3.* et *§. 7. eod.* Huic consequens, ut actiones omnes directæ hæredi vel in hæredem competituræ, ei et in eum dentur qui hæreditatem alienavit, prorsus excluso illo in quem fuerit alienata: his itaque actionibus non emptor, sed venditor respondere tenebitur; sed cum eo cui hæreditatem vendidit experiri poterit, *l. 2. C. hoc tit.* propterea quod actionum commodum ad eum pertinet. In fisco vendente, exceptio est, ut non ipse sed emptor conveniendus sit, *l. 1. eod.* Statuit quidem senatusc. Trebelianum, ut ei et in eum cui restitueretur hæreditas à fiduciario hærede, actiones omnes transirent; at non de directis, sed de utilibus exauditum est, ut exposuimus in *Inst. §. 4. de tit.* Similiter emptori hæreditatis actiones utiles concessit D. Pius: ex quo tempore directæ quæ apud venditorem remanent inutiles factæ, utpote

(1) L. 13. tit. 5. P. 5.

Digitized by Google

perpetuæ exceptioni obnoxiæ, *l. si cum 16. de pact.* et solæ utiles efficaces sunt, ut monuimus in *d. §. 4. Inst.* Sed et tenebitur insuper venditor emptori cedere sive præstare actiones suas hæreditarias, *l. 2. §. non solum 8. hoc tit.* et si eis emptor uti voluerit, eo jure uti debebit, quo is, cujus persona fungitur, venditoris nempe, *l. emptor 5. C. eod.* quasi procurator in rem suam. Habebit itaque hoc casu actionem directam et utilem: quæ tamen, ut advertit Glos. in *d. l. 5.* non erunt duæ actiones, sed una duas habens qualitates, alteram jure cessionis, alteram jure contractus. Si autem duo pluresve hæreditatis emptores successive fuerint, actiones utiles ultimo emptori competere, monet *ibid.* Gloss. et ratio esse potest, quia cum possessoribus hæreditatis ambulant, cum ejus ratione sint concessæ.

5 Moris olim fuit ut in restitutione hæreditatis stipulationes *emptæ et venditæ hæreditatis* dictæ interponerentur, quarum vestigium extat in *l. 50. §. 3. de verb. obl.* et meminimus in *Inst. §. 6. de fideic. hæred.* Vendita autem hæreditate id actum est quod docet Ulp. in *l. 2. hoc tit.* ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem sive venditorem futurum esset. Debebit itaque empti venditor præstare quidquid ad ipsum ex hæreditate pervenerit in id tempus quo venditio fit: nisi inter eos convenerit ut vel tempus mortis, vel aditionis hæreditatis spectaretur. *d. l. 2. §. 1.* Pervenisse autem ad venditorem hæreditatis aliquid videtur, nedum quando corpora hæreditariarum rerum nactus est, vel debita exegit; sed etiam antequam nactus fuerit, quatenus potest earum rerum persecutionem mandare, actionesque tribuere, *d. l. 2. §. pervenisse 3.* Quod vero *ibid.* Ulp. ait, etiam ad venditorem pervenisse dicendum, ut actioni ex empto locum faciant, pretia rerum hæreditariarum venditarum seu donatarum antehæreditatem venditam intelligit Gloss. de casu quo inter contrahentes actum fuerit, ut non tempus venditionis, sed mortis vel aditionis spectandum esset, ut ex *ead. l. 2. §. 1.* modo tradidimus: hanc tamen limitationem fortiter et meritò rejicit Anton. Fab. in *ipsa l. 2. §. 3.* Plane si dolo donaverit ut emptori noceret, ei in id quod interest proculdubiò tenebitur, per ea quæ modo tradidimus ex *d. l. 2. §. 5.* Ut autem de his quæ ad eum pervenerunt teneatur, debent cum effectu pervenisse, non tantum prima ratione seu facie. Negabimus itaque ad eum pervenisse quod legatorum aut æris alieni nomine præstitit, *d. l. 2. §. 3.*

6 Non solum autem actiones hæreditarias tanquam ad se perventas præstare cogetur, sed etiam eas obligationis, quas ipse hæres qua talis constituit. Itaque si fidejussorem acceperit ab hæreditario debitore, ipsam hanc actionem quam habet, emptori præstabit; uti etiam quam nac-

Digitized by Google

tus fuerit novando, vel eam quam jam habebat in judicium deducendo, *d. l.* 2. §. 8. Præterea non tantum quod ad venditorem hæreditatis pervenit; sed et quod ad hæredem ejus ex hæreditate vendita pervenit emptori restituendum est: et non solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, *d. l.* 2. §. 4. Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quominus ad eos perveniat, et hoc emptori præstandum est, *d. l.* 2. §. 5. ubi plura traduntur exempla. Ut obligationi præstandi sit locus, necesse est, ut quod ad venditorem pervenit, ex ipsa hæreditate pervenerit. Quare si is qui hæreditatem vendidit etiam impuberi sit substitutus, quod ex hæreditate impuberis ad eum pervenerit, non erit præstationi obnoxium: quia licet unum sit testamentum, alia tamen est hæreditas patris, alia filii. Plane si hoc actum sit, ut etiam filii hæreditas venierit, dicendum erit etiam impuberis hæreditatem in venditionem venire, *d. l.* 2. §. 2. Licet autem teneatur venditor res hæreditarias emptori tradere; quia tamen insuper habetur, quanta hæreditas sit, *l.* 14. §. 1. nisi de substantia ejus affirmaverit, *l.* 15. *eod.* non tenebitur satisdare seu cavere de evictione, nisi de suo facto, *d. l.* 2. *in pr. hoc tit.* id est, non cogetur cavere seu repromittere de singularum rerum evictione; sed tantum de evictione ipsius hæreditatis (1), ut explicant Noodt *hoc tit. vers. Vult*, et Gloss. in *d. l.* 2. Vinn. *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 8. et sane ipse non singula corpora hæreditaria vendidit, sed jus hæreditate sibi quæsitum. Quia vero qui hæreditatem vendidit, antequam res hæreditarias tradat, dominus earum perseverat; eas vendendo aliis, dominium transferre potest. Sed quoniam id faciens, contractus fidem frangeret, actione ex empto conventus, emptori quod ejus interest præstare teneretur, *l. qui* 6. *C. hoc tit.*

7 Sicuti lucrum omne ad emptorem respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere: quæ regula ab Ulpiano tradita in *d. l.* 2. §. 9. de illis duntaxat lucris et damnis exaudienda quæ ex ipsa hæreditate vendita proveniut: non vero de aliis; etiamsi occasione ipsius hæreditatis obvenerint. Quod igitur venditor non debitum exegerit, emptori non præstabit, neque quod non debitum solverit ab eo reputabit. Si autem condemnatus præstiterit; ei ad recuperandum ab emptore sufficiet, esse condemnatum si ne dolo malo suo, etiamsi creditor non fuerit is cui condemnatus est, *d. l.* 2. §. 7.

8 Secundum regulam *num. præcéd.* memoratam, palam est, emptorem omnia onera hæreditaria sustinere. Unde canones fundi vectigalis, tributa, et funeris defuncti impensas solvet; vel si

(1) D. l. 34. tit. 15. P. 5.

venditor solverit, ei restituet, *d. l. 2. §. si quid 16.* cum *seq.* Quinimo etiam id solvere tenebitur quod defunctus venditori debuerat: sive cum moritur testator debuit, quamvis post mortem debere desiit adita à venditore hæreditate; sive quid in diem debeatur; sive sub conditione, et postea conditio extitisset. Et si servitutes amisit venditor confusione, adita hæreditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut ei restituantur. Sed et agere poterit, si quid nondum præstiterit, sed quoque nomine obligatus sit propter hæreditatem, *d. l. 2. §. cum quis 18.* cum *duob. seqq.* ubi omnium horum ratio: *quia æquissimum videtur emptorem hæreditatis vicem hæredis obtinere.* Animadvertere autem debemus, quod licet hæreditate vendita, emptor habeat actiones utiles adversus debitores hæreditarios etiam invitos; non proinde creditores hæreditarii inviti cogi poterunt ut eum conveniant, ut probant Voet *hoc tit. num. 6.* et Ant. Gom. *var. resol. cap. 2. num. 5.*

9 De jure accrescendi in parte hæreditatis non agnita à cohærede ejus, qui portionem suam vendidit, celebris est quæstio multis hinc inde textibus et rationibus fulta, utrum ad venditorem pertineat, an ad emptorem. De qua late agunt Voet *hoc tit. num. 3.* Gerard. Noodt *hoc tit. à vers. Succedit*, et Vinn. *lib. 1. select. quæst. cap. 55.* eam in duas secantes: quarum secunda pendet à prima. In hac quæritur, utrum jus accrescendi pertineat ipso jure ad venditorem, an ad emptorem: in qua ipsi et cum eis communiter Interpretes conveniunt ad venditorem pertinere: quam sententiam pluribus argumentis probant, contraria solventes, ut vix de ea dubitare liceat: eademque supposita exurgit secunda, an saltem hæres idemque venditor, teneatur actione ex empto id quod postea ei accrevit, restituere emptori. Affirmat Voet, Noodt, Duar. *de jur. accresc. lib. 2. cap. 5.* aliique, per *d. l. 2. in pr.* et §§. 9. et 18. prout meminimus *supra nn. 4. 6.* et 7. Cæterum probabilior videtur contraria sententia negantium: quam cum Gom. 1. *var resol. cap. 10. n. 44.* aliisque probat Vinn. *ubi sup.* ostendens non esse credibile aliam fuisse in emptione contrahentium voluntatem; et absurdum et iniquum videri, ut hæres sextante vel quadrante, ex quo fuerat institutus, vendito secundum pretium valori ejus respondens, cogatur partem forte duplo aut triplo majorem accrescentem ad emptorem transferre: textusque contrarios intelligi duntaxat respectu habito ad partem quam vendidit; de qua sola inter contrahentes est actum.

10 Altera *rubricæ hujus tit.* pars est de actione vendita. Vendi autem possunt tam actiones in rem quam in personam, *l. ult. C. eod.* exceptis quæ alienari seu cedi nequeunt: quales sunt ac-

Digitized by Google

cusationes publicæ, *l. pen.* §. *1. de publ. jud.* populares actiones, arg. *l. 7.* §. *1. de popul. act.* quia cum utræque omnibus sine cessione competant, inutilis prorsus esset cessio: litigiosæ, *l. 1.* §. *1. de litig. l. 2. C. eod.* actio injuriarum, et querela inofficiosi testamenti nondum præparata, quæ in hæredes non transeunt, ut vidimus in *Inst.* §. *1. de perp. et temp. act.* et si quæ sunt similes. Et nedum vendi valent actiones jam efficaces ex pura obligatione ortæ; sed etiam illæ quæ ex obligatione in diem descendunt: imo et actionis spes quando obligatio sub conditione concepta est, et conditio pendet, *l. nomina 17. hoc tit.* Neque venditionem impedit quod debitor sit ignorans vel etiam invitus, *l. 3. C. eod. l. 1. C. de novat.* quia actio creditoris est, et unusquisque est rei suæ moderator et arbiter. Omnes igitur quibus alienare licet, poterunt actiones in suo patrimonio existentes vendere, insuper habito debitoris consensu. Nemini tamen permittitur eas vendere potentioribus; neque tutori aut curatori quas adversus pupillum vel minorem habuerit, adhuc finita tutela vel cura sive minorum, sive furiosorum alliorumve: adeo ut contra faciens, actionem amittat, debitore penitus liberato, *l. 2. C. ne liceat potent. novel. 72. cap. 5. in pr.* et §. *1.*

11 Venditor actionis sive nominis omne jus quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum reum seu debitorem, quam adversus intercessores ejus debiti, cedere debet emptori, nisi aliud sit actum, *l. venditor 23. hoc tit.* Et quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compelletur, *d. l. 23.* §. *1.* quia venditoris beneficium prodest emptori, *d. l. 6. eod.* Privilegiis vero personalibus venditoris non gaudebit, quamvis realia naturæ actionis concessa, ei non deneganda. Neque privilegiarius cui non privilegiarius actionem cesserit, poterit privilegio suo uti in exercenda actione cessa; sed jure communi cedentis uti debebit: durum enim et iniquum foret, mutatione creditoris duriorem fieri conditionem debitoris, aut aliorum creditorum. Neque ipsi actionis emptori licebit repellere compensationem quam debitor opponere potuisset cedenti ante cessionem; simulque ex sua persona eidem obnoxius erit, si debuerit ipse aliquid debitori, ut probat Voet. *tit. de compens. n. 4.* et *seqq.* Dominium autem rerum obligatarum nunquam ex nominis venditione in emptorem transit, sed tantum jus eas persequendi quale venditor habet, *l. pen.* cum *seq. C. eod.* Nec tenetur venditor præstare debitorem locupletem esse; sed solum debitorem esse illum adversus quem actionem vendit, qualis fuerit, nisi aliud convenerit. Sane si certæ summæ debitor dictus sit, in eam venditor tenetur: et si incertæ et nihil debeat, quanti intersit emptoris,

Digitized by Google

l. 4. cum *seq. hoc titulo.*

12 Ex hucusque relatis apparet eosdem pene effectus producere actionis venditionem, ac venditionem hæreditatis. Sed nunc memorandæ novitates quas circa actionum venditiones Anastasius et Justinianus Impp. statuerunt. Primus constitutione sua quæ extat in *l. per diversas 22. C. mand.* volens justissime cohibere improbum plurimorum conamen, qui alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones actionum aliis competentium aucupantur, atque hoc modo litigatorum personas diversis vexationibus afficiunt: jussit, ut si quis datis pecuniis hujusmodi cessionem subierit, exercere possit actiones quas emerit usque ad ipsam tantummodo pecuniarum, quas solvit, quantitatem, ejusque usurarum: licet instrumento cessionis, venditionis nomen insertum sit. Ii ergo actionum emptores, quos litium redemptores *hic* appellat Anastasius, hunc limitatum cessionis seu emptionis consequentur effectum ex hac Anastasiana constitutione: quæ tres cessiones excepit, videlicet, quæ inter cohæredes pro actionibus hæreditariis fieri contigerit: quascumque vel creditor, vel qui res alienas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit: et quas inter legatarios seu fideicommissarios pro debitis, actionibus, seu rebus aliis, quæ ipsis relictæ fuerunt, fieri necesse sit: quas tres cessiones varie explicat Glos. in *d. l. 22.* Si autem per donationem actionis cessio fuerit facta, noluit Anastasius ut hic prohibitioni, seu potius taxationi locus fieret; sed antiqua jura servavit.

13 Justinianus vero justissimam et tam humanitatis quam benevolentiæ plenam appellans laudatam constitutionem in *l. 23.* et *ult. eod.* eam auxit atque munivit contra eos qui circa lites morantes, ut veri litium redemptores, fraudem constitutioni faciebant, partem quidem debiti in alium tranferendo venditionis titulo, reliquam autem partem per coloratam donationem cedendo. Sancivit itaque eidem constitutioni subveniens, nulli licere partem aliquam debiti vendere, et alteram donationis titulo transferre: totum vero debitum per veram, puram et non dissimulatam donationem cedere non prohibuit. Si quis autem occulte contra suam constitutionem fecerit, pro parte debiti pecuniam accipiens, et partem alteram donare simulans, voluit ut emptor nihil amplius acciperet, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit; et omne quod superfluum est, et per figuratam donationem translatum, inutile sit ex utraque parte, ita ut neque ei qui actiones cessit, neque ei qui eas suscipere curavit, aliquid lucri remaneant, vel ulla adversus debitorem actio competat; atque ut idem contingeret si quis donationem totius debiti facere simulavit, ut videatur tota esse donatio, aliquid autem occulte susceperit.

Digitized by Google

Pœnæ itaque in hac Justiani constitutione statutæ adversus eos, qui contra illam faciunt, debitorum lucro cedunt.

14 »In Hispania ignotam »esse actionum divisionem in di»rectas et utiles diximus jam in »*Inst.* §. *ult. de leg. Aquil.* Quare »cum quis vendit alicujus hære»ditatem cum omni jure ad eam »pertinente, easdem actiones, quas »venditor habet, in emptorem »transfert, quamvis eas expresse »illi non cedat. Et sane laudata »divisio reliquiis scrupulositatum, »quibus antiquæ Romanorum le»ges involvebantur, accensenda »est: ut mirum sit Justinianum »insignem simplicitatis amatorem, »eam non delevisse: et nostra»tes ea uti, juri Romano famu»lantes, cum nobis scribunt.

TITULUS QUINTUS.

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QUANDO LICEAT AB EMPTIONE DISCEDERE.

Cod. lib. 4. tit. 44. et *45.* (1).

1 *Quando et quomodo voluntate contrahentium venditio rescindatur.*

2 *Quando unus ex contrahentibus possit altero invito rescissionem petere: et quomodo intelligendum quod dicitur, licere contrahentibus se circumvenire.*

3 *Per pacta interdum venditiones rescinduntur, et dum quis utitur jure retrahendi.*

4, 5, 6, 7, 8, 9 *et* 10. *Quando debeatur gabella* (*apud nos* alcabala) *rescissa venditione.*

1 Egimus de contrahenda emptione: nunc de ea rescindenda agendum: quam tractandi methodum frequenter Justinianus in *Inst.* servat. Cum nihil tam naturale sit quam unumquodque dissolvi eo modo quo colligatum est, *l. nihil 35. de div. reg. jur.* palam est, emptionem venditionem tantum perfectam antequam scilicet res secuta sit, seu, ut dici solet, re adhuc integra, nudo contrario consensu seu voluntate eorundem penitus dissolvi, *l. 3. l. 5. §. 1. hoc tit. §. ult. Inst. quib. mod. toll. obl.* et *passim.* At si res jam non fuerit integra, quia res vel pars rei vel pretii sit tradita, non dissolvetur solo mutuo consensu, sed id quod fuerat traditum restitui necessarium quoque erit, *l. ab emtione 58. de pact. l. 1.* cum *seq. C. quand. lic. ab empt. disc.* Unius autem contraria voluntate, altero invito, à contractu

(1) L. 56. *cum* seqq. tit. 5. P. 5.

recedere non licet, nec ex rescripto Principis (1): quo jure et ipsum fiscum uti debere, sæpe constitutum est, *l. 3. C. de rescind. vend.* nec si venditor duplum pretium emptori offerat, *l. 6. eod.* (2), quia ut ajunt Diocletian. et Maxim. in *l. 5. C. de obl. et act. Sicut in initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractum; ita renunciare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest*: ex qua regula dicere solemus, contractus ab initio esse voluntarios postea necessarios.

2 Si tamen justa causa intercesserit, poterit unus ex contrahentibus altero invito rescissionem venditionis petere et obtinere, puta si metu justo fuerit contracta, vel dolus malus in contractum inciderit, ut exposuimus *sup. lib. 4. tit. 3.* et *seq.* vel si alteruter sit læsus ultra dimidium justi pretii, de quo egimus in *Inst. §. 1. de empt. et vend.* Læsio autem modica, qualis censetur quæ non sit ultra dimidium justi pretii causam rescissioni non præbet, *l. si voluntate 8. C. de rescind. vend.* ubi Diocl. et Max. hoc argumentum optime excutiunt: cui consonat quod Ulp. ait ex sententia Pompon. in *l. in causæ 16. §. penult. de minor.* in pretio emptionis venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire, quia ut *ibi* monet Gothof. hæc modica circumventio non est dolus, sed prudentia et industria quædam tantum æconomica, studiumque aliquod rei familiaris augendæ. Verbum itaque *naturaliter* in *d. §. penul.* significat, secundum naturam quam homines huic et aliis similibus contractibus necessariis dare voluerunt, propter frequentissimum eorum usum: quia litium vitandarum gratia, et ne omnis venditionis obligatio semper in incerto sit, censentur contrahentes mutua et tacita indulgentia has modicas circumventiones sibi remittere: quæ tamen consistere debent intra metam justi pretii, quæ individua non est, sed consistit in mediocritate, quæ latitudinem habet per gradus; unde divisio justi pretii in summum, medium, et infimum, qua Theologi frequenter utuntur: ne alias justitia commutativa lædatur: optime D. Covarr. *lib. 2. var. resol. cap. 3.* et *cap. 4. nn. 11.* et *12.* ubi de foro conscientiæ in hoc argumento agit. Quo respiciens Gothof. in *l. item 22. §. ult. locat.* quæ idem in locatione docet, facetè dixit ex Seneca: *Sublata spe quæstus, languet mercatus.* Plane si apparuerit voluisse contrahentes etiam majores circumventiones sibi invicem remittere, remissioni tuto stabitur, cum venditiones viliore pretio factæ donationis causa valeant, *l. si quis 38. de contr. empt.* Hocque præsumens jus civile, et ob causas quas modo retulimus bono publico consulens, noluit alias læ-

(1) L. 61. d. tit. 5. P. 5. (2) D. l. 61.

Digitized by Google

siones ad rescissionem audire, quam quæ sit ultra dimidium justi pretii: quæ gravior est quam ut toleretur. Ob vitium rei venditæ potest etiam venditio rescindi, de quo in *tit. de ædil. edit.* opportunius loquemur.

3 Interdum etiam rescinditur venditio ob pactum in contrahendo adjectum, ut contingit in venditionibus sub pacto *addictionis in diem*, vel *commissorio* seu *legis commissoriæ*, ut loquuntur; de quibus late egimus *sup. in propp. titt.* et quæ iis sint similia venditionem sub conditione dissolventia. Et denique etiam retrahendi jus facultatem tribui ei cui competit, venditionem rei retractui obnoxiam rescindendi, non ita quidem ut nulla omnino censeatur venditio, quasi res foret inempta; sed ita ut emptor qui eam possidet, illam retrahenti vendere teneatur, atque venditio ista in locum prioris substituatur.

4 "Quia in maxima HISPANIÆ nostræ parte solvitur à vendentibus (1) vectigal seu gabella (*alcabala* nos dicimus) ex venditionibus; et dubitari potest quando et qualiter prestanda sit, cum venditio rescinditur: non inopportunum putavimus, *hic* argumentum istud examinare. Quando venditio tantum perfecta rescinditur, contraria contrahentium voluntate, gabella non debetur, si partes à contractu mutuo consensu discesserint statim, id est, antequam ad alia divertant: quia nulla tunc venditio intercessisse censetur, quasi partes in ipsius contractus celebratione voluntatem mutaverit, arg. *l. si ita sit scriptum 14. de legat. 1. l. 1. de solut.* Gutierr. *de gabel.* sive *pract. quæst. lib. 7. quæst. 10.* Gom. 2. *variar. cap. 2. n. 31.* Mol. *de just. et jur. tract. 2. disp. 373.* Si vero ex intervallo recesserint, gabella debebitur: quia jus eam exigendi jam fuit fisco quæsitum, quod partes nequeunt auferre, iidem *ibid.* Si autem contrahentes, venditionem non dissolvant omnino, sed tantum pretium conventum mutua voluntate augeant vel minuant, discessisse quidem videntur à priori emptione, *l. 2. hoc tit.* pro parte quidem augmenti vel deminutionis; pars vero altera contractus repetita censetur, ut pro parte recessum sit à priori contractu, pro parte idem repetitus, quod contrahentibus licet, ut optime explicat Ulpian. ex sententia Pompon. et Julian. in *l. juris gentium 7. §. adeo 6. de pact.* Unde recte existimant Gutierr. et Molin. *ubi sup.* solius diversitatis ratione novam deberi gabellam, seu quod eodem recidit, primam augendam, si pretium fuerit auctum: at si deminutum, non proinde minuenda gabella; quia prior integra jam fuit plene quæsita fisco: cui prejudicare, contrahentibus non licet.

5 "Hactenus de venditione

(1) L. 1. tit. 17. lib. 9. Recop.

„ tantum perfecta quando partes „ intra terminos mutui consensus „ constiterunt. Quod si ultra jam „ fuerint progressi contrahentes, „ duo sunt casus distinguendi. Primus quando una duntaxat pars „ progressa est ad traditionem: „ alter quando utraque, ut omnino sit impletus contractus. In „ priori una tantum gabella debebitur, si qui pretium seu mercem ab alio acceperat, id ipsum „ alteri volenti restituit: quia tunc „ unica fuit venditio postea dissoluta, *l. 1. C. quam lic. ab empt. disc.* ex venditione autem, et „ non ex rescissione gabella solvitur (1). In secundo autem casu „ quo venditio ab utraque parte „ consummata jam sit, semper duplex gabella debebitur, si contrahentes pretium et mercem sibi invicem restituerint, insuper „ habito an in pretio vel merce „ augmentum vel deminutio intervenerit, necne: quia eo modo „ non tam hoc agitur ut apristina „ venditione discedatur, quam ut „ nova contrahatur, *l. ab emptione 58. de pact.* Neque hic accomodari potest doctrina Ulpiani „ in *l. 7. §. 6. eod.* quam *n. praeced.* retulimus, quia tantum loquitur de emptione perfecta nondum consummata, idem Mol. „ *ubi sup.*

6 „ Si ex pacto addictiones in „ diem, vel legis commissoriae dissolvatur venditio, existimat Ant. „ Gom. in *d. cap. 2. n. 31.* gabellam deberi, ea nixus ratione, quod cum venditio sub „ his pactis pura sit, statim ac celebrata est, jus ad gabellam fisco quæritur, quod tollere in „ contrahentium potestate non est: „ quod autem dissolutio retrotrahi dicatur ad tempus contractus, id dici putat respectu ipsorum contrahentium duntaxat; „ non respectu fisci vel alterius „ tertii. Cæterum contraria sententia communis est et probabilior: quia ex istis pactis ita resolvitur venditio ac si nunquam „ extitisset, ut res inempta fuisse „ dicatur, ut *suis locis* vidimus, „ ac proinde dominium rei ita „ venditæ ad venditorem transeat „ seu revertatur ipso jure absque „ ulla traditione. Jus autem ad „ gabellam non fuit fisco quæsitum irrevocabiliter, at loquuntur; sed revocabiliter, pendens „ ex eo quod casus pacti contigerit, vel non, ut vel irrevocabile fieret, venditione ex pacto „ non resoluta; vel ea dissoluta „ et ipsum quoque dissolveretur, „ Gutier. *d. quæst. 10. n. 10.* Mol. „ *d. tract. 2. disp. 378.* à *vers.* „ *Dubium est*, Martienz. *lib. 5.* „ *Recop. tit. 11. l. 7. gloss. 3. n. 21.* „ cum communi. Quam sententiam omnes recte intelligunt de „ casu quo pacta hujusmodi fuerint concepta verbis directis, „ ut putà *res sit inepta*, vel similibus; et simul in ipso contractu, vel in continenti adjecta; ita ut ipsi contractui inesse dici possint, ut regulariter fit. At si fuerint facta verbis obliquis, veluti *rescinda-*

(1) D. l. 11. tit. 17. lib. 9. Recop.

„*tur venditio*; tenent iidem, „quod licet resolvatur venditio, „gabella debetur: quoniam, ut „belle explicat Mol. non resol- „vitur, quasi nunquam fuerit „facta, sed solum ne ulterius „progrediatur, atque incirco, „cum semel omnino obtinuerit, „ex illaque fuerit jus fisco quæ- „situm ex eo quod postea ces- „set etiam vi pacti præcedentis, „non desinit deberi gabella. Idem- „que tuentur, si pacta ex in- „tervallo adjecta sint, quamvis „verbis directis concepta: quia „tunc ex ipsa venditione jus fis- „cus adeptus est absolutum et „independens ab aliquo quod eo „tempore contractui inesset, un- „de contractus dissolveretur. Il- „lud etiam recte observat Mo- „lina *d. disput. 378. in fin.* ex „Lassarte *de decim. vendition.* „*cap. 14. num. 31.* quod si ven- „ditio rescindatur ex pacto ad- „dictionis in diem, et res tra- „datur meliorem conditionem „offerenti, traditio hæc efficiet „distinctam venditionem, atque „ex ea gabella debebitur.

7 „Si res cum pacto de re- „vendendo seu retrovendendo, ut „loquuntur, fuerit facta, et vi „pacti venditor eam ab emp- „tore redemerit, communis est „sententiam, gabellam deberi ex „venditione prima, non autem „ex secunda seu revenditione, „Gutierr. *d. quæst. 10. num. 22.* „cum *seq.* Molina *d. trac. 2.* „*quæst. 374.* Gom. *de cap. 2.* „*n. 31.* Matien. *d. glos. 3. n. 22.* „Ratio prioris est: quia prima „venditio pura fuit et perfecta, „ac proinde jus fisco ex ea quæ- „situm, quod non amittitur re- „venditione. Etsi enim per hanc „res ad venditorem primum re- „deat, non ita redit ut fructus „interim percepti ad eum per- „tineant; sed apud emptorem, „qui eos percepit, remanent. „Cum ergo per revenditionem „non ita funditus rescindatur „venditio, ut nullum habeat effec- „tum, magis est ut jus ad gabel- „lam semel quæsitum non re- „solvatur, ut ratiocinatur Par- „lad. *libi 1. rer. quot. cap. 3.* „§. *4. n. 9.* Ex revenditione au- „tem ideo alia non debetur ga- „bella, quia non tam conside- „ratur secunda venditio, quam „resolutio primæ, idque vi exe- „cutionis pacti appositi in eadem „prima venditione. Si vero pac- „tum ob quod revenditio fit, non „est adjectum in prima vendi- „tione, sed postea, nova ex ea „gabella debebitur: ut puta si „venditio fuerit facta cum pacto „de revendendo, intra 6. annos, „qui postea de consensu partium „prorogari, illisque transactis in- „tra prorogatum tempus fondum „revenderis. Quia cum revendi- „tio ista non fiat vi primi pacti, „sed post completam venditio- „nem quoad ipsum primum pac- „tum, non censebitur resolutio „prioris venditionis, sed nova et „secunda venditio saltem quoad „jus fisci, quod per 6. annorum „lapsum fuit omnino absolutum „et consummatum, iid. Gutierr. „et Mol. *ubi sup.* Quod clarius „procedit, cum in ipsa vendi- „tione nullum fuit adjectum pa-

Digitized by Google

„ tum de revendendo, sed postea „ adjicitur.

8 „ Quando rei venditio jus „ eam retrahendi præbet alicui, „ isque eam retrahit jure sanguinis, communionis, vel altero, ut late exponimus *infr.* „ *in Appendice de retractibus*, „ unam deberi gabellam tenendum, non plures. Quod una „ debeatur, res est omnino clara; quia prima venditio perfecta fuit, quæ jus ad gabellam „ parit. Nec per retractum dissolvitur, quia res vendita ad „ venditorem non redit; sed ejus „ effectus ex legis dispositione in „ retrahentem transfertur. Itaque „ ut diximus in *d. Append. n. 34.* „ ex Gom. in *l. 70. Taur. n. 35.* „ et Mol. *d. tract. 2. disp. 371.* „ retrahens loco ejus substituitur „ cui primum res fuit vendita, „ quasi venditor primus ipsi retrahenti vendidisset, cæteris „ venditionibus, quotquot fuerint, cassatis tanquam si non „ extitissent: quæ causa etiam „ est, ut ex ipso retractu, altera „ non debeatur gabella, Gutierr. „ *d. lib. 7. quæst. 11.* à *n. 2.* Mol. „ *d. disp. 271.*

9 „ Si denique venditio rescindatur beneficio legis non „ quidem per retractum, subjecto retrahente in locum emptoris; sed nullo subsistente emptore, nec adjecto pacto; et re „ ad venditorem redeunte, ut accidit in eis quæ propter læsionem ultra dimidium justi „ pretii rescinduntur, vel ob vitium rei per actionem redhibitoriam: gabella debetur, ut plu- „ ribus probat Gutier. *d. quæst. 11.* „ cum *seq.* et communis est sententia. Cujus præcipua ratio est: „ quia venditiones istæ non rescinduntur ex pacto resolutivo, „ ut vocant, in eis adjecto, neque ipso jure, sed Judicis sententia cui ipsi contrahentes iniquam præbuere causam. Cum „ igitur eorum culpa faciat rescisioni locum, enorme esset atque absurdum per eam jus jam „ quæsitum fisco tolli. Idipsum „ ob eandem causam dicendum „ de venditionibus illis, quæ rescinduntur, vel quia metu initæ, „ vel ob dolum in contractum incidentem, Gutierr. *d. lib. 7.* „ *quæst. 14.* Parlador *d. lib. 1.* „ *cap. 3.* §. 5. Quia vero dum „ minor restituitur adversus venditionem rei suæ, in culpa non „ fuit, et venditione rescissa omnia in pristinum restituuntur, „ ac si non extitissent, nullam „ ex venditione deberi gabellam, „ bene probant et contrariis respondent Gutierr. *d. lib. 7.* „ *quæst. 13.* et Parlador *d. cap. 3.* „ §. 5. Libet denique *hic* animadvertere, gabellam nedum solvi „ ex venditione à venditoribus, „ *l. 1. tit. 17. lib. 9. Recop.* sed „ etiam ex permutatione ab eam „ contrahentibus: quorum unusquisque pro valore rei suæ, tanquam si eam vendiderit, solvet, *l. 2. eod.*

10 „ De venditionibus quæ ad „ censum redimibilem fiunt, statuit *lex* lata hoc ipso anno 1793. „ ut una debeatur gabella æquis „ partibus solvenda à venditore „ qui rem tradit, et ab emptore

Digitized by Google

» qui eam censui subjiciendo ac-
» cipit: nulla vero debeatur ex
» ejusdem census redemptione. Si-
» ve autem censum istum *re-*
» *servativum* appelles cum *ipsa*
» *lege*, sive *consignativum* ut nos
» eum vocavimus in *nost. Inst.*
» in *Append. de censibus. nn. 39.*
» *et 40.* nihil refert, cum clare
» designata sit in *ead. l.* hujus
» contractus natura. Cessat igi-
» tur hodie sententia Molinæ *tract.*
» *2. de just. et jur. disp. 382.*
» quam in *d. n. 40.* amplexi fui-
» mus, quod nempe duplex debe-
» tur gabella.

APPENDIX

JURIS HISPANI.

DE RETRACTIBUS.

1 *Quid sit reetactus in genere: et de origine gentilitii.*
2 *Quid sit retractus gentilitius, et qua ratione introductus.*
3 *Probatus est in Hispania.*
4 *Quibus competat.*
5 *In eo præfertur consanguineus proximior: et quid inter æquales; de quo etiam n. 8.*
6 *Locus est in eo successorio edicto: eique non censetur renunciare qui præsens est, et tacet.*
7 *Proximitas respectu venditoris consideranda.*
8 *De pluribus volentibus retrahere.*
9 *Prælationem non tribuit duplex vinculum cognationis.*
10 *Jus retrahendi personalissimum est.*
11 *De materia hujus retractus, usque ad num. 18.*
18 *Huic retractui causam præbet emptionis contractus.*
19 *An habeat locum in datione in solutum, et in dote.*
20, 21 *et* 22 *Jus retrahendi clauditur diebus novem: et quomodo numerandi.*
23 *Currunt contra minores, pupillos, absentes et ignorantes: et nulla est adversus eorum lapsum restitutio.*
24 *De solemnitatibus ad retrahendum adhibendis.*
25 *et* 26 *De retractu consortibus competente; et quando locum habeat.*
27 *An habeat locum in rebus mobilibus.*
28 *In eo eædem solemnitates ad-*

Digitized by Google

hibendæ quæ in gentilitio.

29 *et* 30 *De retractibus qui conceduntur domino directo et superficiario.*

31, 32 *et* 33 *De retractu descendente ex pacto de revendendo.*

34 *Generalia de omnibus retractibus.*

35 *De retractibus officiorum publicorum et jurisdictionis, remissive.*

1 "In Hispania pleræque »venditiones retractibus obnoxiæ »sunt. Eapropter non inutile du»ximus, hanc de retractibus Ap»pendicem *tit. de rescindenda »venditione* subjicere. Retractus »in genere (*Tanteo* nos dicimus »est): *Redemptio rei venditæ, »eodem oblato pretio, facta ab »aliquo, cui id concessum sit le»ge, consuetudine, vel pacto.* In »nostra Hispania famosus, et non »infrecuens est ille, quem DD. »*legitimum*, *gentilitium*, seu *san»guinis* dicunt, propterea quod »ratione gentis, sanguinis, seu »consanguinitatis lege tribuitur. »Ejus origo antiquissima, et juri »divino consona. Sic enim legimus »in *Levit. cap. 25. vers. 25. Si at»tenuatus frater tuus vendiderit »possessiunculam suam, et volue»rit propinquus ejus, potest redi»mere quod ille vendiderat.* Si»milia habentur *cap. 4. Ruth. »vers. 2. et seqq.* Probatus quo»que olim Romanis fuerat, lege »lata à Diocleciano, seu Princi»pibus eo senioribus, ut evincere »nobis videtur *l. si avia 19. C. »de donat.* in qua Dioclet. et »Maxim. clare indicant, eorum »tempore viguisse hunc retrac»tum, dum in alienatione titulo »liberalitatis facta eum non obti»nere respondent. Neque in con»trarium nos movet celeberrimus »Jacob. Gothof. qui in *comm. l. »6. C. Theod. de contr. empt.* »magno nisu suadere contendit, »auctorem legis hunc retractum »apud Romanos probantis, Cons»tantinum fuisse. Licet enim pro»bationes, quas adducit, mani»feste ostendant, non patuisse »consortibus retractum ante Cons»tantinum; huncque Imp. mag»nam consortium habuisse ratio»nem; nihil impedit quominus »dicamus, Imperatores Romanos »prius concessise retractum con»sanguineis, quam consortibus; »et Constantinum non primum »introduxisse, sed confirmasse for»te retractum jam antea consan»guineis tributum, quando illum »consortibus indulsit; atque hunc »esse sensum *d. l. 6.* Sed quid»quid sit de auctore laudatæ le»gis, quæ retractum sanguinis »concessit, illud constat, eam »postea fuisse cassatam ab Impp. »Valentin. Theodos. et Arcad. ut »patet ex *d. l. 6. C. Theodos.* »quam in *l. 14.* seu *penult. C. »de contr. empt.* transtulit Tri»bonianus, hac tamen addita »exceptione: *Nisi lex specialiter »quasdam personas, hoc facere »prohibuerit:* quæ non pertinet »ad retractus consanguineis, et »consortibus dudum concessos, »et generaliter *dd. ll.* improba»tos: sed ad rationem earum, ut »salva nempe dominis servaretur »libera de rebus suis disponendi

Digitized by Google

» facultas, quam nonnullis in cau-
» sis coercitam Justinianus voluit.
» Itaque Valentin Theodos. et
» Arcad. omnes omnino retractus
» damnarunt: Justinianus non æ-
» que, sed quosdam indultos vo-
» luit, quo exceptio laudata res-
» pexit, ut docet idem Jacob.
» *Goth. ubi sup.*

2 "Quamvis autem Impera-
» tores Romani in *dd. ll. 6. et*
» *14. de contr. empt.* retractus
» damnaverint, tamquam liberta-
» ti disponendi de rebus suis cui-
» libet domino competenti gra-
» vem inferentes injuriam, quæ
» inani honestatis colore velatur;
» fatendum tamen est, rationem
» qua æquitas retractus gentilitii
» nititur, magni à Romanis Juris-
» consultis fuisse habitam, ut ec-
» ce: Jus retractus gentilitii nihil
» est aliud: quam: *Jus proximio-*
» *ribus venditoris consanguineis*
» *intra quartum gradum consti-*
» *tutis competens ad redimenda*
» *bona immobilia avita, seu pa-*
» *terna, oblato emptori, pretio,*
» quo ipsa comparaverat. Cum au-
» tem nemo non videat affectio-
» nem maximam, qua erga pos-
» sessiones avitas homines duci-
» mur, de quo luculenta affert
» testimonia Emman. Gonzal. in
» *comm. cap. constitutum 8. de*
» *in integr. rest.* facile cuilibet
» intelligere licet, huic affectioni
» consulendi causa, retractus gen-
» tilitii jura introducta esse, Gom.
» in *l. 70. Tauri num. 1. et 3.*
» hancque non semel leges Roma-
» næ probant, *l. 38. de rei vind.*
» *l. peto 69. §. 3. de legat. 2. l.*
» *108. de cond. et demonstrat. l.*
» *22. vers. Nec vero C. de adm.*
» *tut.* Hinc Cicero hortatur Tre-
» batium, ne paternas possessiones
» vendat: et notat Brutum, quod
» paterna bona mancipasset.

3 "Quæ affectionis ratio tanti
» ponderis nostra Hispaniæ Regi-
» bus est visa, ut eidem consu-
» lentes, plurimis legibus retrac-
» tum gentilitium probaberint at-
» que muniverint, quas refert Em-
» mant. Gonz. *ubi sup.* et extant
» *tit. 11. lib. 5. Recop.* à *l. 7. us-*
» *que ad 16.* in quibus ad usum
» tironum tradendis et exponen-
» dis, nostrum est munus.

4 "Principio itaque sciendum
» est, hoc jus retractus tribui con-
» sanguineis intra quartum gra-
» dum venditoris, qui res avitas,
» seu paternas (*de abolengo*, ó *de*
» *patrimonio* nos dicimus, *ll. 7. 8.*
» et *9. eod.*) extraneo vendit;
» quod expresse traditur passim
» *dd. ll.* Quinimo, ut res ipsa lo-
» quitur, hic est earum legum
» scopus. Nollim tamen intelligas,
» competere id jus omnibus con-
» sanguineis venditoris, qui ei in-
» tra quartum gradum juncti sunt;
» sed illis duntaxat, qui veniunt
» ex ascendente, à quo res ven-
» dita deribatur, *d. l. 7.* ibi: *I*
» *alguno de aquel abolengo la qui-*
» *siere*, Molin. *de just. et jur.*
» *disp. 370.* ubi exemplo illus-
» trat.

5 "Quoniam autem præfata
» affectionis ratio inductiva re-
» tractus eo plenior est, quo con-
» sanguinitas proximior, et lau-
» datæ nostræ leges eum stabi-
» lientis remotioribus consangui-
» neis proximiores præferunt, di-

Digitized by Google

» cendum cum Anton. Gomez in » *l.* 70. cum *quinq. seqq. Taur.* » (eædem sunt cum *ll.* 9. 10. 11. » 12. 13. *et* 14. *tit.* 11. *lib.* 5. *Re-* » *cop.*) *num.* 13. Hermos. in *l.* 55. » *tit.* 5. *p.* 5. *gloss.* 5. *n.* 1. *et* 5. » Matienz. in *l.* 7. *tit.* 11. *lib.* 5. » *Recop. gloss.* 5. *à num.* 8. com- » petere jus retrahendi proxi- » mioribus venditoris consangui- » neis, cum is non extraneo sed » consanguineo, remotiori tamen, » rem vendiderit. Quod vero ii- » dem addunt, posse nimirum » consanguineum pro parte retra- » here rem venditam alteri con- » sanguineo ejusdem gradus, ma- » jorem habet dificultarem, ut » agnovit Azeved. in *d. l.* 7. *num.* » 59. quamvis ab ea opinione re- » cedere non fuit ausus. Nos, si » libere sermocinari licet, etsi » tantorum virorum auctoritatem » veneramur, eorum hac in re » sententiam improbandam cense- » mus. Quia præterquam quod » materia retractus non favorabi- » lis, sed odiosa et stricti juris » est, ut plures laudans fatetur » ipse Hermosill. in *d. l.* 55. *glos.* » 4. *num.* 1. proindeque non am- » plianda, sed restringenda; ni- » hil certius in jure, quam quod » in pari causa potior sit possi- » dentis conditio, *l. in pari* 128. » *de div. reg. jur.* maxime cum » de lucro duorum disputatur, *l.* » 126. §. 2. *eod.* Quam solidam » rationem non obscure probare » videtur in hac ipsa retractus » materia *l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. dum » socio vendente uni ex consorti- » bus partem suam, sat manifes- » te denegat retractum alioqui » consortibus competentem, de » quo *infra num.* 26. ut recte » docent idem Hermos. *d. l.* 55. » *glos.* 5. *num.* 1. et Greg. Lop, » *d. l.* 55. *gloss.* 5. Sane inter u- » trumque casum nullum discri- » men agnoscimus. Præterea, in » quæstione nec res vendita exit » de cognatione; nec ordo cog- » nationis turbatur, ut vix ullus » sit justæ quærelæ locus.

6 "Olim in retrahendi jure » nullus erat edicto successorio » locus; sed proximiore vendito- » ris consanguineo nolente retra- » here, salva et firma venditio » manebat, quin ullum remotio- » ribus jus esset emptorem in- » quietandi, nisi proximior ab- » sens fuisset è loco contractus, quo » casu sequens in gradu admitte- » batur, ceu patet in *lege Fori* » transcripta in *l.* 7. *tit.* 11. *lib.* 5. » *Recopil.* Cæterum ab hoc jure » postea recensum est *d. l.* 12. » *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop.* quæ eadem » est cum *l.* 73. *Taur.* qua cons- » tituitur, ut in locum proximio- » ris nolentis, vel non potentis re- » trahere, sequentes suo ordine » admittantur, sed non ultra quar- » tum gradum, juxta computa- » tionem quidem civilem; cum » canonica duntaxat quoad ma- » trimonia attendatur, ut cum » pluribus monent Azeved. in » *d. l.* 12. *num.* 6. et Matienz. in » *l.* 7. *eod. glos.* 5. *num.* 7. Si » proximus consanguineus vendi- » tioni extraneo factæ præsens sit, » et taceat, non proinde juri re- » trahendi renunciare intelligitur, » ut probat Gomez in *d. l.* 70. » *Tauri num.* 26.

Digitized by Google

7 "Proximitas, cujus intuitu »jus retractus tribuitur, respec»tu venditoris consideranda est, »*l. 8. d. tit. 11.* ibi: *O otro pa»riente propinquo del vendedor.* »Hinc si filius et frater vendito»ris disputent de retrahenda re, »quam jam pater venditoris in »patrimonio habuit, præferendus »filius, *d. l. 8. et ibi* Azeved. »*n.* 2. Ex eo autem quod leges »cognatos ad retrahendum vo»cent ordine proximitatis, con»cludendum non est, repræsenta»tionem excludi, Molin. *de His»pan. primog. lib. 3. cap. 8.* à »*num.* 11. cum etiam in succes»sionibus ab intestato, quæ pro»ximioribus deferuntur, repræ»sentationis habeatur ratio, uti»que in infinitum in linea recta, »et usque ad filios fratrum inclu»sive in transversa, ut agentes de »jure succedendi ab intestato vi»dimus in *Inst. lib. 3. tit. 5.* Quæ »doctrina in illo argumento le»gibus Hispanis expresse proba»ta, hic admittenda, Azev. in »*l. 7. d. tit. 11. n. 21.* cum jura »retractus in admittendis proxi»mioribus in gradu ad instar suc»cessionis ab intestato redacta »sint, ut cum aliis tenent Azev. »in *d. l. 12. eod. n. 4.* Hermos. »in *d. l. 55. tit. 5. P. 5. glos. 8.* »*n. 56.* Diximus, *in admitten»dis proximioribus*; quia non »per omnia retractus jura juri»bus successionis ab intestato »sunt exæquata: olim saltem non »erant, antequam successio ab »intestato quarto gradu termi»naretur. Vide quæ diximus in »*Ratione succedendi ab intesta»to ex jure Hispano*, *n.* 10. quam »adjecimus in *Instit. d. lib. 3. »tit. 5.*

8 "Si proximi duo, plures»ve fuerint, omnesque voluerint »retrahere, admittentur simul, »et rem, quam retrahant, inter »se partientur, *d. l. 7. tit. 11.* »nisi res individua fuerit, quo »casu licitationi erit locus, et »plus offerenti, postquam retrac»ta sit, tradetur, Azeved. in »*d. l. 7. num.* 50. cum *seq.* Si »vero unus tantum ex eis ad »retractum venerit, ita audie»tur, ut integra res, etsi divi»dua fuerit, tradatur ipsi, quin »cogatur, cæteros requirere, an »velint pro sua parte retrahere: »neque hac ratione ullam præs»tare satisdationem. Si autem »cæteri post retractum venerint »intra terminum tamen legiti»mum, audiendi adhuc erunt, »suamque partem ab eo, qui re»traxit, auferent, ut probat idem »Axev. in *d. l. 7. num. 46.* cum »*seqq.*

9 "Consanguineorum, qui in »eodem sunt gradu, proximita»tem non auget, nec prælatio»nem eis tribuit duplex vincu»lum, seu major cum venditore »cognatio. Itaque si duo fuerint »venditori fratres, Titius ex la»tere utroque, et Cajus ex pa»terno duntaxat, qui ad retrac»tum venerint, admittentur si»mul, utique si res vendita in »patrimonio fuit patris, cum ad »matrem venditonis, et Titii »quod attinet, nullus Cajo sit »aditus. Movemur ratione induc»tiva hujus retractus, quam nu-

Digitized by Google

»per laudavimus, et omnibus »est nota, quæ æqua lance in »Cajo, et in Titio concurrit, ut »consideranti patebit. Neque nos »turbat ratio unica, qua Her»mosilla in *d. gloss. 8. num. 58.* »Matienz. in *d. l. 7. gloss. 4. »num. 3.* cum aliis contrarium »defendunt, quod nempe retrac»tus jura ad instar successionis »ab intestato sint redacta; cum »hæc nonnunquam fallat, ut »modo vidimus. Nec eadem u»trobique ratio: quia in succes»sione ab intestato Titius præ»fertur Cajo, propterea quod »defuncti bona eatenus dunta»xat considerantur, quatenus »ipsius fuerunt, insuper habito »an à patre ad eum pervenerint, »necne: defuncto autem con»junctior fuit Titius. Vice versa, »in retractu admittuntur fratres, »quia res vendita communis pa»rentis fuit, non aliàs: parenti »autem omnes liberi sunt æque »conjuncti. Ad hæc, in nostra »firmamur sententia animadver»tentes, *l. 13. tit. 10. lib. 3. »For. Reg.* quæ manifeste in re»trahendi jure præferebat utrin»que conjunctos, transcriptam »esse in *d. l. 7. tit. 11. lib. 5. Re»cop.* verbis prælationis mutatis »seu sublatis. Verba *l. For.* hæc »sunt: *I si dos ó mas la quisieren »que son en igual grado de pa»rentesco, háyala el mas propin»quo:* quorum loco hæc alia in »*d. l. 7.* leguntur: *Y si dos ó »mas la quisieren, si son en »igual grado de parentesco, pár»tanla entre si; i si no fueren »en igual grado, háyala el mas »propinquo.* ¿Quis enim non vi»det his *d. l. 7.* verbis, solis pro»ximioribus in gradu prælatio»nem tribui?

10 "Cum causa introducen»di retractus sit, ne res de cog»natione exeat, facile patet, »permissum non esse consangui»neo, cui hoc jus competat, il»lud extraneo cedere. Nec jus »ipsum retrahendi dabitur Mo»nasterio: quod consanguineus »fuerit ingresus: quia licet Mo»nasterium personam ingressi sus»tineat, ac repræsentet, non id »obtinet in rebus personalissi»mis, quæ omnem repræsenta»tionem respuunt, quæque in »persona ficta, qualis est Monas»terium, locum non habent, »Azev. *d. l. 7.* à *num. 26.* Go»mez in *l. 70. Tauri num. 8. et »9.* Competet vero filiis natura»libus, uti etiam exhæredatis, »eisque, qui parentum succes»sioni renunciaverint, ut pro»bat idem Gomez in *d. l. 70. »nn. 4. 5. et 6.*

11 "Materia retractus genti»litii sunt res inmobiles avitæ »seu paternæ, id est, quæ fue»rant in patrimonio sive bonis »avi, seu patris matrisve com»munis venditoris, et retrahen»tis: uno verbo illius, qui ho»rum stirps fuit, *l. 7. l. 15. d. »tit. 11. lib. 5. Recop.* Hermos. »in *l. 55. tit. 5. P. 5. gloss. 8. »n. 48.* Neque necesse est, ut »retractui sit locus, res vendi»tas fuisse in bonis avi et pa»tris simul: sufficiet alterutrum »eum leges disjunctive loquan»tur, *d. l. 7. t. 8. l. 10. eod.*

Digitized by Google

»ibi: *Patrimonio ó abolengo*: »verbum enim *patrimonio* ad »paternas refertur, et *abolengo* »ad avitas, Gomez in *d. l. 70.* »*Tauri n. 3.* ubi et bene probat, »nullum jus liberis esse ratrahen»di res illas, quas parentes, qui »eas vendunt, suo labore et in»dustria acquisierunt. Si ergo ex »emptione, permutatione, dona»tione, aliove quolibet titulo il»las ab extraneo acceperint, re»tractus cessabit, *d. l. 15.*

12 "Quamvis autem *lex ista* »dum retractum concessit, solius »tituli hæreditarii meminerit: cre»diderim tamen, noluisse exclu»dere casus, quibus res vendita »venditori obvenerat à suis pa»rentibus titulo singulari legati, »vel etiam contractus, cum tunc »revera avita, et paterna sit, et »plene concurrat ratio, quæ hoc »jus introduxit. Solum ergo lex »meminit tituli hæreditarii, quia »frecuentior, et fere unicus est, »quo res paternæ ad liberos per»veniunt; et quia leges loquun»tur et feruntur secundum ea, »quæ ut plurimum et frecuenter »contigunt, non quæ perraro, »*l. 3.* cum *duab. seqq. de legib.* »*reg. 36. tit. 34. P. 5.* Quam»obrem dum titulos singulares »lex improbat, de illis tantum »exaudienda, qui ab extraneis »veniunt, quod frequens est. »Hanc solidam rationem agnovit »Matienz. in *d. l. 7. gloss. 8.* »*num. 10.* dum recte statuit, rem »à consanguineo retractam non »amittere nomen patrimonialis, »sed retractui subjici, si postea »ipse retrahens eam extraneo ven»diderit: quo casu retrahens non »titulo universali, sed singulari »emptionis rem habet, cum in »locum emptoris à quo retraxit, »rubrogatus sit, ut in *fine hujus* »*Append.* videbimus. Matienzum »perperam carpit Azeved. in *d.* »*l. 7. num. 77.* solo verborum *d.* »*l. 15.* cortice motus. Sed et Go»mez titulum prælegati, et quem»vis alium à parentibus descen»dentem probat ut idoneum ad »faciendum retractui locum in *d.* »*n. 3. vers. Sed.*

13 "Eatenus autem res avi»ta seu paterna materia retrac»tus erit, quateuus de patrimo»nio descendentium à commu»ni stipite non exierit in extra»neum. Si enim antea extraneo »fuisset vendita, nemine volen»te, aut potente retrahere, licet »postea ad priorem venditorem »revertatur; dum non ex causa »præcedentis contractus, ut putà »ex pacto de revendendo, seu le»gis commissoriæ; vel ad alium »ex consanguineis perveniat, li»bere alienari poterit, jure re»tractus quiescente: quia res se»mel alienabilis facta, alienabi»lis remanet, et mutatione per»sonæ possidentis, bona primæ»vam conditionem seu qualita»tem amittunt, *l. per curatorem* »*90. §. 1. de adq. vel omit. hær.* »ut pluribus adductis optime pro»bant Gomez in *l. 70. Taur.* »*n. 24.* Azeved in *d. l. 7. n. 75.* »cum *seq.* Matienz. in *ead. l. 7.* »*gloss. 8.* et nemo dubitat. Si ve»ro res à consanguineo in extra»neum alienata, ad illum ex cau»sa ipsius alienationis fuerit re-

Digitized by Google

„per laudavimus, et omnibus „est nota, quæ æqua lance in „Cajo, et in Titio concurrit, ut „consideranti patebit. Neque nos „turbat ratio unica, qua Her„mosilla in *d. gloss. 8. num. 58.* „Matienz. in *d. l. 7. gloss. 4. „num. 3.* cum aliis contrarium „defendunt, quod nempe retrac„tus jura ad instar successionis „ab intestato sint redacta; cum „hæc nonnunquam fallat, ut „modo vidimus. Nec eadem u„trobique ratio: quia in succes„sione ab intestato Titius præ„fertur Cajo, propterea quod „defuncti bona eatenus dunta„xat considerantur, quatenus „ipsius fuerunt, insuper habito „an à patre ad eum pervenerint, „necne: defuncto autem con„junctior fuit Titius. Vice versa, „in retractu admittuntur fratres, „quia res vendita communis pa„rentis fuit, non aliàs: parenti „autem omnes liberi sunt æque „conjuncti. Ad hæc, in nostra „firmamur sententia animadver„tentes, *l. 13. tit. 10. lib. 3. „For. Reg.* quæ manifeste in re„trahendi jure præferebat utrin„que conjunctos, transcriptam „esse in *d. l. 7. tit. 11. lib. 5. Re„cop.* verbis prælationis mutatis „seu sublatis. Verba *l. For.* hæc „sunt: *I si dos ó mas la quisieren „que son en igual grado de pa„rentesco, háyala el mas propin„quo:* quorum loco hæc alia in „*d. l. 7.* leguntur: *Y si dos ó „mas la quisieren, si son en „igual grado de parentesco, pár„tanla entre si; i si no fueren „en igual grado, háyala el mas „propinquo.* ¿Quis enim non vi„det his *d. l. 7.* verbis, solis pro„ximioribus in gradu prælatio„nem tribui?

10 "Cum causa introducen„di retractus sit, ne res de cog„natione exeat, facile patet, „permissum non esse consangui„neo, cui hoc jus competat, il„lud extraneo cedere. Nec jus „ipsum retrahendi dabitur Mo„nasterio: quod consanguineus „fuerit ingresus: quia licet Mo„nasterium personam ingressi sus„tineat, ac repræsentet, non id „obtinet in rebus personalissi„mis, quæ omnem repræsenta„tionem respuunt, quæque in „persona ficta, qualis est Monas„terium, locum non habent, „Azev. *d. l. 7.* à *num. 26.* Go„mez in *l. 70. Tauri num. 8. et „9.* Competet vero filiis natura„libus, uti etiam exhæredatis, „eisque, qui parentum succes„sioni renunciaverint, ut pro„bat idem Gomez in *d. l. 70. „nn. 4. 5. et 6.*

11 "Materia retractus genti„litii sunt res inmobiles avitæ „seu paternæ, id est, quæ fue„rant in patrimonio sive bonis „avi, seu patris matrisve com„munis venditoris, et retrahen„tis: uno verbo illius, qui ho„rum stirps fuit, *l. 7. l. 15. d. „tit. 11. lib. 5. Recop.* Hermos. „in *l. 55. tit. 5. P. 5. gloss. 8. „n. 48.* Neque necesse est, ut „retractui sit locus, res vendi„tas fuisse in bonis avi et pa„tris simul: sufficiet alterutrum „eum leges disjunctive loquan„tur, *d. l. 7. t. 8. l. 10. eod.*

Digitized by Google

»ibi : *Patrimonio ó abolengo*: »verbum enim *patrimonio* ad »paternas refertur, et *abolengo* »ad avitas, Gomez in *d. l. 70.* »*Tauri n. 3.* ubi et bene probat, »nullum jus liberis esse ratrahen»di res illas, quas parentes, qui »eas vendunt, suo labore et in»dustria acquisierunt. Si ergo ex »emptione, permutatiòne, dona»tione, aliove quolibet titulo il»las ab extraneo acceperint, re»tractus cessabit, *d. l. 15.*

12 "Quamvis autem *lex ista* »dum retractum concessit, solius »tituli hæreditarii meminerit: cre»diderim tamen, noluisse exclu»dere casus, quibus res vendita »venditori obvenerat à suis pa»rentibus titulo singulari legati, »vel etiam contractus, cum tunc »revera avita, et paterna sit, et »plene concurrat ratio, quæ hoc »jus introduxit. Solum ergo lex »meminit tituli hæreditarii, quia »frecuentior, et fere unicus est, »quo res paternæ ad liberos per»veniunt; et quia leges loquun»tur et feruntur secundum ea, »quæ ut plurimum et frecuenter »contigunt, non quæ perraro, »*l. 3.* cum *duab. seqq. de legib.* »*reg. 36. tit. 34. P. 5.* Quam»obrem dum titulos singulares »lex improbat, de illis tantum »exaudienda, qui ab extraneis »veniunt, quod frequens est. »Hanc solidam rationem agnovit »Matienz. in *d. l. 7. gloss. 8.* »*num. 10.* dum recte statuit, rem »à consanguineo retractam non »amittere nomen patrimonialis, »sed retractui subjici, si postea »ipse retrahens eam extraneo ven»diderit: quo casu retrahens non »titulo universali, sed singulari »emptionis rem habet, cum in »locum emptoris à quo retraxit, »rubrogatus sit, ut in *fine hujus* »*Append.* videbimus. Matienzum »perperam carpit Azeved. in *d.* »*l. 7. num. 77.* solo verborum *d.* »*l. 15.* cortice motus. Sed et Go»mez titulum prælegati, et quem»vis alium à parentibus descen»dentem probat ut idoneum ad »faciendum retractui locum in *d.* »*n. 3. vers. Sed.*

13 "Eatenus autem res avi»ta seu paterna materia retrac»tus erit, quateuus de patrimo»nio descendentium à commu»ni stipite non exierit in extra»neum. Si enim antea extraneo »fuisset vendita, nemine volen»te, aut potente retrahere, licet »postea ad priorem venditorem »revertatur; dum non ex causa »præcedentis contractus, ut putà »ex pacto de revendendo, seu le»gis commissoriæ; vel ad alium »ex consanguineis perveniat, li»bere alienari poterit, jure re»tractus quiescente: quia res se»mel alienabilis facta, alienabi»lis remanet, et mutatione per»sonæ possidentis, bona primæ»vam conditionem seu qualita»tem amittunt, *l. per curatorem* »*90. §. 1. de adq. vel omit. hær.* »ut pluribus adductis optime pro»bant Gomez in *l. 70. Taur.* »*n. 24.* Azeved in *d. l. 7. n. 75.* »cum *seq.* Matienz. in *ead. l. 7.* »*gloss. 8.* et nemo dubitat. Si ve»ro res à consanguineo in extra»neum alienata, ad illum ex cau»sa ipsius alienationis fuerit re-

Digitized by Google

»versa, ex pacto nempe de re»vendendo vel simili, obnoxia »erit retractui, ut pluribus osten»dunt Matienz. et Aceved. *ubi* »*supr.* ratio ipsis est: quia res ita »reversa ad consanguineum, non »censetur ei denuo quæsita, sed »in pristinam causam redire, re»soluta venditione, ut docet Ju»risconsultus Paulus in *l.* 10. §. »*ult. quib. mod. pign. vel hypot.* »*solv.*

14 "Diximus materiam re»tractus esse res immobiles: quia »licet *l.* 9. *et seqq.* utantur ver»bo generalissimo *cosa*, latine »*res*, quo res omnes tam mobi»les, quam immobiles significan»tur, *l.* 1. *in fin de reb. cred. lex* »tamen 7. *d. tit. Recop.* ad quam »referuntur cæteræ, usa fuit ver»bo *heredad*, quæ appellatio ex »communi loquendi usu rebus »movilibus non convenit, Ma»tienz. in *d. l. tit.* 11. *gloss.* 1. »*n.* 1. cum *duob. seqq.* Azev. in »*d. l.* 7. *num.* 7. cum *duob. seqq.* »ubi cum pluribus ita hoc ver»bum intelligentibus infert, hunc »retractum in rebus mobilibus »non obtinere, adducens ver»ba *l.* 230. *stili*, scilicet: *las he»redades, y las otras raices;* et »addens hoc esse sine dubio. Et »sane ratio affectionis erga res »paternas, qua retractus hic ni»titur, in res mobiles cadere non »solet, ut notant Azeved. *ubi* »*supr.* Hermosil. in *d. l.* 55. *tit.* »5. *P.* 5. *glos.* 4. *n.* 7.

15 "Si res plures patrimo»niales seu paternæ uno pretio »fuerint venditæ, non erit per»mittendum consanguineo, ut »unam sine aliis retrahat: sed »omnes aut nullam retrahere de»bebit: at si singulæ singulis pre»tiis venditæ sint, quam vel »quas ei libuerit, retrahet, ut »expresse sancitur *l.* 10. *d. tit.* »11. *lib.* 5. *Recop.* quasi priori »casu una sit emptio, et poste»riori plures, *l. cum ejusdem* 34. »*de ædilit. edict.* Placent tamen »expositiones seu limitationes »duæ, quas ex Tiraquell. tradunt »Azeved. in *d. l.* 10. *n.* 6. et Ma»tienz. late de his venditionibus »agens in *l.* 7. *eod. glos.* 7. *à* »*n.* 20. quæque potius declara»tiones sunt, quam exceptiones »seu limitationes. Prima nem»pe: quoties constaret emptorem »non nisi res omnes simul emp»turum fuisse, quo casu etsi in »singulas res pretium constitu»tum sit tamen una emptio est, »ut docet Africanus in *d. l.* 34. »§. 1. Secunda huic similis: »quando duæ res diverso pretio »datæ fuerint in solutum, pro»uno eodemque debito, ut si »creditori, cui trecenta debebas, »dedisti fundum Sejanum æstima»tum centum, Sempronianum va»lentem ducenta. Ratio hujus »casus eadem quæ superioris: »cum enim datio in solutum na»turam venditionis sapiat, ut »ait Imp. Antonin. in *l.* 4. *C. de* »*evict.* una tantum consideranda »hic emptio, quandoquidem u»num est debitum, quod solvi»tur. Ad hæc, non est cogendus »creditor, ut solutionem pro par»te accipiat, ut ostendimus in »*Inst. pr. quib. mod. toll. oblig.* »quod eveniret si permitteretur

Digitized by Google

»consanguineo unum duntaxat »fundum à creditore retrahere.

16 »Si ex duabus rebus ven»ditis, altera tantum patrimonia»lis fuerit, licebit consanguineo »hanc retrahere, alia non patri»monialis emptori relicta, etsi »duæ uno pretio venditæ fuerint: »quo casu patrimonialis pretium »boni viri arbitratu taxandum, »refundetur emptori, quin ipsi »liceat resilere ab emptione, quæ »in re non patrimoniali sustine»bitur. Cæterum permittendum »esse ei, ut rem utramque retra»henti consanguineo offerat in»tegro sibi pretio restituto, exis»timant Azeved. et Matienz. »*ubi supr.* cujus oblationis is erit »effectus, ut consanguineus co»gatur vel duas accipere, vel »neutram. Hermos. autem in *d.* »*l. 55. glos. 8. n. 54.* probabilius »censet, tunc solum consangui»neum ita cogendum, quando »extraneus emptor rem non pa»trimonialem sine patrimoniali »non esset empturus, additque, »se ita respondisse consultum: si»cut in simili respondit Scaevola »in *l. tutor 47. §. 1. de minor.*

17 »Res patrimonialis extra»neo vendita retractui est obno»xia, etsi per plures manus tran»sierit. Ratio hujus est: quia ac»tio ad retrahendum consangui»neis concessa, non est perso»nalis nativa, id est, quæ ex »ipso contractu per se et sine ad»jumento legis nascatur; sed da»tiva, quæ vocatur *condictio ex* »*lege*, et in rem scripta, quate»nus immediate legibus nostris »tribuitur. Quæ actiones natu»ram actionum in rem quadante»nus assumunt et in quemcumque »possessorem dantur, *l. 9 §. fin.* »*quod metus causa.* Competit »itaque hæc actio etiam adversus »tertium possessorem, Gomez in »*d. l. 70. Taur. num. fin.* Aze»ved. in *d. l. 7. num. 40.* Ma»tienz. in *ead. l. 7. gloss. 8.* à »*n. 11.* Nec interest quo titulo »is possideat, oneroso an lucra»tivo. Si autem onerosus esset, »quia forte rem à priore empto»re comparaverat, non pretium »hujus secundæ venditionis, sed »primæ refundendum à consan»guineo retrahente, propterea »quod non secunda, sed prima, »quæ causam retractui præbuit, »consideranda. Cæterum non e»rit secundo emptori deneganda »evictio contra primum, licet hic »nullam adversus consangui»neum, qui ipsi vendidit, habeat, »ut bene probat Matienz. *ubi sup.* »*num. 15.* arg. *l. minor. 39. de* »*evict.* in qua ostendit Julianus »justum esse, ut re minoris ad »eundem redeunte per restitutio»nem in integrum, detur secun»do emptori, cui aufertur, evic»tio contra primum.

18 »Huic retractui causam »præbet emptionis contratus; de »eo enim omnes leges illum con»cedentes loquuntur. Contractus »autem permutationis expresse »excluditur *d. l. 7.* ut liberum »omnino cuique sit res paternas »permutare absque ullo retractus »metu: utique cessante fraude. »Nam si appareat contrahentes »nomine permutationis contrac»tum appellasse, ut retractum

» impedirent, cum potius vendi-
» tio fuerit, venditio censebitur
» et retractui erit locus, Azeved.
» in *d. l. 7. num. 80.* Matienz.
» *ibid. gloss. 10. per tot.* ubi la-
» te et docte suo more quæstio-
» nem examinat, casus adducens,
» in quibus fraus præsumenda,
» Gomez *2. variar. cap. 2. n. 10.*
» D. Covarr. *lib. 2. var. cap. 4.*
» *num. 9.*

19 » Datio in solutum, cum
» vicem venditionem obtineat, *l. si*
» *prædium 4. C. de evict.* retrac-
» tui dat locum, maxime cum
» facillime aliàs jura retractus elu-
» derentur et sola nominis muta-
» tione impediretur retractus, Go-
» mez in *d. l. 70. Tauri n. 20.*
» Quam sententiam meritò admit-
» tunt Azeved. in *d. l. 7. n. 72.*
» et Matienz. in *ead. l. 7. gloss. 7.*
» quando, quod regulare est, spe-
» cies pro pecunia debita in so-
» lutum datur; secus, si non pro
» pecunia sed pro specie debita,
» alia species detur, cum eo ca-
» su non venditio, sed permuta-
» tio censenda. In datione in do-
» tem locum quoque habet re-
» tractus, dum res immobiles da-
» tæ sunt ea æstimatione, quæ
» emptionem facit, Azeved. *ubi*
» *sup. num. 73.* Matienz. in *d.*
» *gloss. 7. num. 16.* cum *seqq.*
» Quando autem æstimatio in do-
» te emptionem faciat, optime dis-
» cutit D. Covarr. *lib. pract.*
» *quæst. cap. 28.*

20 » Jus retrahendi clauditur
» diebus novem, quibus elapsis
» evanescit, *ll. 7. 8. 10. 11. 12.*
» *d. tit. 11. lib. 5. Recop.* In
» venditionibus, quæ publice sub-
» hasta fiunt, in quibus quoque
» locus est retractui, etiamsi Ju-
» dicis auctoritate sint factæ, ex-
» pressum habemus in *l. 9. eod.*
» dies novem enumerandos à die
» subhastationis finitæ seu abso-
» lutæ (*del remate* nos dicimus;
» *d. l. 9*). An vero in cæteris
» numerandi veniant à die con-
» ventionis seu contractus, vel
» à traditionis die, inter DD.
» non convenit. Qui primum
» tuentur numero vincunt, at-
» que inter eos sunt D. Covarr.
» *3. var. cap. 11. num. 2.* Her-
» mos. in *d. l. 55. tit. 5. P. 5.*
» *gloss. 8.* à *num. 25.* Azeved. in
» *d. l. 7. num. 62.* Matienz. in
» *ead. l. 7. gloss. 6.* ubi quæstio-
» nem istam latissime examinat,
» et hanc quam defendit opinio-
» nem dicit esse veriorem, com-
» muniorem et in praxi receptio-
» rem, seque ejus rei testem,
» Gutierr. *lib. 2. quæst. 152.* ubi
» tenendam ait in judicando et
» consulendo. Nec inmeritò: eam
» etenim tantum non expresse e-
» vincit *laudata l. 7.* ibi *Des-*
» *pues que fuere vendida hasta*
» *nueve dias*: quibus verbis sa-
» tis aperte demonstratur tempus
» contractus esse terminum à quo
» numeratio incipienda, cum res
» dicatur vendita statim ac con-
» trahentes de re et pretio con-
» venerint, licet non sit tradita,
» *princ. Inst. de empt. et vend.*
» *l. alienatum 67. de verb. sign.*
» *l. 6. tit. 5. P. 5.* Præterea dies
» subhastationis finitæ, seu *del*
» *remate*, à quo numerationem
» incipere in venditionibus sub-
» hasta statuit *l. 9. eod.* idem est

Digitized by Google

» ac dies contractus in venditio-
» nibus cæteris, cum Judex sub-
» hastationem finiendo consensum
» venditoris suppleat, eumque ad-
» hibere censeatur; venditioque
» tantum perfecta et nondum con-
» summata intelligatur. Mitto ju-
» ra retractus non amplianda, sed
» restringenda, ut *supra* monui-
» mus ex Hermos. cum communi.

21 » Contraria tamen senten-
» tia propugnatorem habet acer-
» rimum Anton. Gomez qui in
» *d. l. 70. Tauri num. 16.* ait,
» se semper eam servaturum in
» judicando et consulendo, quam-
» vis fateatur alteram, quam nos
» defendimus, praxi receptam,
» seque ita vidisse, uti et ipsam
» teneri à majori parte Doctorum
» Salmantinæ Academiæ in quo-
» dam examine. Ejus argumenta
» parum solida. Ait, finem retra-
» ctus esse, ne res exeat de fa-
» milia, seu cognatione: id au-
» tem non contingere nisi per tra-
» ditionem. Enunciationes utique
» veræ, sed quæ non satis pro-
» bant. Licet enim sola conven-
» tio rem ex patrimonio vendito-
» rem non extrahat, tribuit ta-
» men emptori actionem ad eam
» obtinendam: qui autem hanc
» habet, rem ipsam habere vide-
» tur, *l. 15. de div. reg. jur.* et
» venditoris voluntas, quam lex
» cohibere intendit, jam est in
» extraneum collata, ita ut illi
» resilire non liceat, sed neces-
» sario sequatur traditio, quam
» proinde exspectare otiosum et
» inutile: qua fortassis de causa
» *lex nostra* non alienationis, sed
» venditionis duntaxat mentionem
» fecit. Minus obstat incommo-
» dum, quod secuturum mina-
» tur, facile nimirum circumve-
» niri posse consanguineos, non
» habita scientia contractus se-
» cretò celebrati: qua ratione
» nec traditionem fictam suffice-
» re, sed veram desiderari con-
» tendit *num. 17.* Quia præter-
» quam quod in hoc argumento
» nulla consanguineorum scientiæ
» habetur ratio; si venditio clan-
» culum fiat, ut præsumatur do-
» lus, de quo mox, redimiendi
» jus durat. Qui plura desideret
» adeat Matienz. *ubi supra.* In
» venditionibus conditionalibus à
» tempore existentis conditionis
» numerandi dies, cum non an-
» tea perfecte intelligantur, Ma-
» tienz. *ubi sup. num. 31.* Go-
» mez in *d. l. 70. num. 21.* Her-
» mosilla in *d. gloss. 8. num. 30.*

22 » Utrum autem hi dies à
» momento ad momentum cur-
» rant, vel naturales numerandi,
» et ita ut dies termini à quo seu
» contractus connumerandus non
» sit, alia quæstio est, quæ mul-
» tos hinc inde propugnatores ha-
» bet. Nobis eos à momento ad
» momentum numerandos proba-
» bilius videtur. Tum quia ut
» diximus, retractus jura non am-
» plianda, sed restringenda: tum
» etiam quia non infrequens in
» jure ut termini legitimi à mo-
» mento in momentum currant,
» Gomez in *d. l. 70. num. 25.*
» Azeved. in *d. l. 7. tit. 11. lib. 5.*
» *Recop. num. 62.* ubi si de hora
» venditionis constet, ab ea nu-
» merandos ait: si vero non cons-
» tet totum illum diem compu-

Digitized by Google

»tandum, et sic usque nunc vi»disse numerari. Contrariam sen»tentiam cum pluribus tenent »Matienz. in *dict. l. 7. glos. 6. »num. 1.* et Gutierr. *lib. 2. præst. »quæst. 154.* Hermosilla autem in »*d. l. 53. tit. 5. P. 5. gloss. 8. »num. 27.* utramque refert, et in »neutram inclinat. Et sane prio»ri sententiæ favere videtur lau»data *l. 7.* dum terminum à quo »designans, non diei, sed tem»poris venditionis meminit in »verbis, quæ *supra* retulimus »*num. 20.* cum tamen non à »tempore utcumque, sed à sub»hastationis die numerationem »faciendam statuat *l. 9. eod.* ibi: »*Se cuenten en este caso desde »el dia del remate*, eodemque »modo de venditionibus reliquis »loquitur *l. 15. eod. in fin.* ibi: »*Desde el dia que la vendida »fuere fecha hasta nueve dias.* »Valde igitur dubius articulus »iste.

23 »Currunt insuper hi dies »contra minores, pupillos et ab»sentes, et ita ut nulla adversus »lapsum eorum restitutio, vel »contractus rescissio ei compe»tat, si forte tutor vel ipsorum »curator, qui retractum petere »poterant, non petierint, ut »expressis verbis cavetur *l. 8. d. »tit. 11.* Quamvis hæc legis de»cisio de ignorantibus non lo»quatur, de eis quoque exau»dienda, cum facilius præscrip»tionum tempora contra ipsos »currant, quam adversus mino»res pupillosque, ut patet in »usucapione seu præscriptione »ordinaria, quæ his non obstat, »et contra ignorantes admittitur, »Matienz. in *d. l. 8. glos. 12. »num. 18.* cum *seq.* Hermosilla »in *d. gloss. 8. num. 32.* ubi cum »aliis excipit casus, quibus culpa »seu fraude venditoris consan»guineus venditionem ignorave»rit, ut puta si ad celebrandum »contractum à loco domicilii di»scesserit, vel exterum Tabel»lionem adhibuerit, dudum ven»ditio lateret, aliudve continge»ret, quo fraus appareret, seu »præsumeretur: tunc enim cum »nemini fraus patrocinari de»beat, non nisi à die scientiæ »consanguineo novem dies cur»rerent.

24 »Ut peragatur retractus, »præter ea quæ hactenus dixi»mus, nonnullæ intra novem lau»datos dies adhibendæ solemni»tates, ut nempe retrahens sol»vat emptori pretium, quo iste »rem comparaverat, eique im»pensas, et tributa seu gabel»las refundat: ut juret sibi et »non alteri rem venditam velle: »omnemque fraudem dolumve »abesse, *dd. ll. 7. 8.* et *9.* Quæ »cum pro forma, ut loquuntur, »requirantur, ita sunt necessa»riæ, ut quaque deficiente ex»cludatur retractus. Consangui»neus itaque, qui retrahere ve»lit, debet ante omnia empto»rem adire, eique quod impen»derit refundere: si autem emp»tor id recuset accipere, pre»tium quod offert consignabit aut »deponet coram testibus, adito »Judice si tempus patiatur, ut »ex *dd. ll.* probat Azeved. in *d. »l. 8. num. 3.* cum *seqq.* quo

Digitized by Google

„peracto res ei tradetur ac si „pretium emptori solvisset, ut „patet ex *l. 8. tit. 14. P. 5.* ubi „hujusmodi oblationi et deposito „vis solutionis tribuitur, ibi: *E „dende adelante es quito del „debdo, é non ha el otro de„manda ninguna.* Atque hæc ita „facienda, ut constet de vera „totius pretii numeratione, quin „confessio qua depositarius fa„teatur, se hoc recepisse, suf„ficiat. Integrum autem pretium „solvendum, aut deponendum, „adeo ut omissio unius nummi „vitio esset: nisi per imprudentiam, aut errorem calculi con„tigisset: quo casu suplemento „locus erit. Si vero pretium non „fuerit notum consanguinea, sat „huic erit offerre, et deponere „quod ipsi visum fuerit, fide„jussoribus datis de solvendo re„liquo, si superesse apparuerit, „Azeved. in *d. l. 9.* à *num. 14.* „Matienz. *ibid. glos. 4. per to„tam.* In venditionibus, denique, „quæ sub fide fiunt, admittetur „consanguineus, idoneis fidejus„soribus coram Judice cavens „intra eosdem novem dies, se so„luturum idem pretium, eodem „tempore, quo extraneus emptor „tenebatur, ut expresse sanci„tum *l. 11. eod.*

25 „Hactenus de retractu „sanguinis seu gentilitio actum „est: reliquos modo breviori pers„crutemur calamo. Et quod ad „jus Romanorum attinet Impro„batus quoque fuit *l. 6. C. Theod. „de contr. empt.* translata à Tri„boniano in *l. 14. C. eod.* ille, „qui ex constitutione Constanti„ni consortibus quibus res ven„dita communis cum venditore „erat, concedebatur, ut in *prin„cipio hujus Appendicis* monui„mus. In Hispania vero proba„tur expresse *l. 55. tit. 5. P. 3.* „et *ll. 13.* et *14. tit. 11. lib. 3. „Recop.* (*74.* et *75. Tauri*). „Hujus retractus jus consortibus „competit, hoc est, eis, qui „rei venditæ simul cum vendi„tore pro indiviso sunt domini „(nos *comuneros* dicimus, *d. l. „14*), non vero illis, qui rei „jam divisæ partes diversas pos„sident; cum ubi res divisa est „nulla sit communio, quæ hoc „jus introduxit, ut patet, et „pluribus probat Anton. Gomez „in *l. 70. Tauri* cum *seqq. n. 27.*

26 „Quando autem res in„divisa, seu proprie communis „est, vel minima ejus pars dat „retractui locum, ut *ibidem* pro„bat ipse Gom. Competet ita„que habenti partem centesimam „alicujus rei jus retrahendi reli„quas 99. quæ vendantur. Qui„nimo nulla prælatione gaudebit „plurium partium dominus res„pectu illius, qui pauciores, vel „unam tantum habuerit. Finge, „Titium novem partes indivisas „habere fundi Tusculani, Sem„pronium duas, et Cajum unam; „non poterit Titius partes duas „retrahere, quas Sempronius ven„diderit Cajo, Greg. Lopez in „*d. l. 55. gloss. 5.* Matienz in *d. „l. 13. glos. 3. num. 10.* Herm. „in *d. l. 55. gloss. 5. num. 1.* „Ratio horum omnium eadem, „quia nimirum leges huic sta„tuentes retractum duntaxat pra-

Digitized by Google

»ferunt consortes extraneis: nun»quam unum consortem alteri. »Hac de causa, quia in retrac»tu sanguinis nulla inter con»sanguineos ejusdem gradus sta»tuta est prælatio, diximus *n. 5.* »nunquam uni consanguineo ad»versus alium æqualis gradus »concedendum. Et quidem ut »ait Lopez in *d. gloss. 5.* melior »est conditio conventi in privi»legii paritate. Si ad retrahen»dam rem extraneo venditam »plures venditoris consortes ve»nerint, pro parte, quam ha»bet, retrahet unusquisque, Ma»tienz. *d. glos. 3. num. 8.* Aze»ved. in *l. 7. d. tit. 11. lib. 5.* »*Recop. num. 54.* Si autem unus »tantum venerit, admittetur in »solidum Matienz. *ibid.* Greg. »Lop. in *d. l. 55. gloss. 8. in fine.*

27 »Quanquam retractui san»guinis in rebus immobilibus »duntaxat sit locus, ut *sup.* vi»dimus; tamen hunc, de quo »loquimur, etiam obtinere in »mobilibus censent communiter »Interpretes, Matienz. *d. gloss.* »*3. n. 3.* Hermos. *d. l. 55. gloss.* »*4. n. 7.* Greg. Lop. in *ead. l. 55.* »*gloss. 1.* Eorum argumenta duo »sunt: I. quia *laudata lex 55.* »*tit. 5. P. 5.* usa est verbo *co*»*sa*, quod utique generale est, »res etiam mobiles proculdubiò »complectens. II. quia æquitas, »quæ causam rectractui huic de»dit, ut nempe potius consors, »quam extraneus rem habeat »communem, æque rebus mo»bilibus ac immobilibus accom»modatur: quibus motus ratio»nibus ait Lop. *ubi sup.* verio»rem esse de jure sententiam, »quæ etiam in rebus mobilibus »hunc retractum admittit: ag»noscit tamen contrariam funda»mento non destitui; quando»quidem *l. 14. tit. 11. lib. 5.* »*Recop.* (*75. Tauri*) de hoc re»tractu agens, non rei simplici»ter, sed immobilis meminit, ibi: »*Si alguno vendiere la parte de* »*alguna heredad que tiene co*»*mun con otro.* Addiditque idem »Lopez, nullam se unquam vi»disse de retractu rei mobilis »litem; et quod forte ita praxi »in judicio hoc reciperetur. Quam »ultimam sententiam non impro»babiliter defendit Acev. in *l. 13.* »et in *d. l. 14. tit. 11.* meritò »considerans, has leges referri »ad superiores, quæ de retractu »sanguinis loquuntur. Et quidem »non simpliciter referuntur ad »eas; sed ita ut velit *d. l. 14.* »obtinere in hoc retractu, quæ »in superioribus de gentilitio »statuta sunt. Sed nihilominus »prior sententia verior est, ut »ait Lop. quam sat evincit se»cundum argumentum, maxime »cum id agatur hoc retractu, ut »à communione discedatur, qua »parte favorabilis censeri debet, »cum communio multas pariat »discordias, *l. 77. §. 20. de le*»*gat. 2. l. 1. tit. 15. P. 6.* Nec »aliter facile communio cessabit »in re mobili, quando una est; »cum, quæ hujus sunt generis, »naturalem divisionem respuant. »Neque comparatio hujus retrac»tus cum gentilitio tradita in *d.* »*l. 14.* ad res pertinet, sed »ad solemnitates. Quod autem

Digitized by Google

» in *eadem lege* rei immobillis » mentio fiat, exempli causa po» situm esse existimandum, cum » id referat lex ipsa ad *laudatam* » *l. 55. tit. 5. P. 5.* quæ primæ» va et magistra in hoc argumen» to est, et rei generaliter me» minit. Quia vero hæc *l. 55.* non » expresse retractum concedit, » sed prælationem; mediam sen» tentiam tuetur Molina de *just.* » *et jur. disp. 371.* quod nem» pe in re mobili prælationem » duntaxat habeat consors tem» pore venditionis, non vero hac » perfecta, retrahendi jus.

28 » Quod ad tempus atti» net et solemnitates in hoc re» tractu adhibendas, idem obser» vandum esse statuit *d. l. 14.* » ac in retractu sanguinis, quas » solemnitates quia *supra* retuli» mus, iterum recensere inutile » foret.

29 » Duo supersunt exami» nandi retractus ex eis, qui in » *laudata l. 13 tit. 11. (74. Tauri)* » traduntur, Romanorum legibus » incogniti, quorum alter domi» no directo conceditur, super» ficiario alter. Itaque si superfi» ciarius superficiem vendiderit, » jus retrahendi eam directo do» mino datur, et versa vice quan» do dominus directus, qui est » dominus soli, vendiderit istud, » *d. l. 13.* in qua et ordo præla» tionis traditur, quando plures » jus retrahendi habentes ad re» tractum venerint: videlicet, ut » primo loco admittantur domi» nus directus, seu superficia» rius; secundo consors; et ter» tio consanguineus.

30 » Licet autem *d. l. 13.* quæ » sola horum duorum retractum » meminit, nullan temporis men» tionem faciat; Interpretes ta» men id ipsum hac in re obser» vandum esse, quod in supe» rioribus diximus, unanimè do» cent Gomez. in *d. l. 70. Tauri* » *num. 31.* Matienz. in *d. l. 13.* » *glos. 1.* cum. *seq.* Azev. in *ead.* » *l. 13. num. 3.* Molina *de just.* » *et jur. d. disp. 371.* Et meritò, » quia nulla apparet probabilis » causa differentiam constituen» di; imo è converso maxima » adest, servandi idem jus ac » in retractibus sanguinis et com» munionis, cum hæc *l. 3.* con» dita sit in civitate Taurina eo» dem tempore ac præcedentes, » quæ taxationem novem dierum » in retractu sanguinis probant; » et in *Codice Recop.* etiam quæ » eam sequuntur idem tempus » adsignent, ut vix dubitari queat, » quin mens Legislatorum fuerit » hosce quatuor retractus in tem» pore, et solemnitatibus adhi» bendis æquales facere.

31 » Cæterum animadverten» dum est cum Anton. Gomez in » *d. l. 70. num. 31.* Matienz. in » *d. l. 13. glos. 1.* Molina *de just.* » *et jur. d. disput. 371.* retractum » domino directo concessum *d. l.* » *13.* in venditione superficiei, cui » novem dierum terminum præfi» nivimus, locum habere quoties » superficiarius nullam domino di» recto pensionem solvere tenea» tur: si enim superficiei conces» sio ipsi sub annua pensione fac» ta esset, alius retractus directo » domino competet, duos menses

Digitized by Google

» duraturus: quia superficiarius » annuam pensionem domino solvens, simillimus emphyteutæ » esset: imo minus juris quam verus emphyteuta haberet, cum » duntaxat in superficie jus aliquod seu utile dominium haberet emphyteuta vero etiam » in solo habet. At in venditione » rei emphyteuticæ retractus, qui » domino directo conceditur, ad » duos menses protrahitur, *l. fin. » tit. 8. P. 5.* iidem Gom. Mat. » et Molina *ubi sup.* Huncque retractum in venditione emphyteusis domino tributum Romanæ leges agnoscunt, *l. 3. C. de » jur. emphyteut.*

32 » Similiter et illum probant, qui ex pacto de revendendo seu retrovendendo, ut » loquuntur in venditione adjecto nascitur, et *conventionalis* » dicitur, quia contrahentium voluntate seu conventione pactum » apponitur, *l. 2. C. de pact. inter. empt. et vend.* Cujus pacti » executio ex parte emptoris retrovenditio seu revenditio nuncupatur, et ex parte venditoris » redemptio. Retractus iste antiquissimus est, et jam lege Moysis probatus, ut de gentilitio » diximus, ceu patet ex *cap. 25. » v. 23. Levitici*, ibi: *Terra quo» que non vendetur in perpe» tuum: quia mea est; et vos » advenæ et coloni mei estis: » unde cuncta regio possessionis » vestræ sub redemptionis con» ditione vendetur.* In nostra » Hispania expresse stabilitus est » *l. 42. tit. 5. P. 5.* Venditiones » autem, quæ cum hoc pacto fiunt, » appellantur apud nos *á carta » de gracia*, quia quod durent à » gratia, seu favore venditoris » pendet; et nimis sunt frequentes, præsertim in hoc Valentino » Regno. Pactum de revendendo » variis modis apponitur, vel scilicet libertate concessa venditori redimendi quandocumque voluerit, nullo taxato tempore; vel » cum temporis taxatione: quæ taxatio rursus dupliciter fieri potest, vel tempus adjiciendo ut » terminum ad quem, ut nempe » venditori fas sit intra illud tempus rem venditam redimere, » quod et frequentius est: vel ut » terminus à quo, ut redimendi » facultas non nisi post tempus assignatum competat. Si tempus » redimendi fuerit expressum, servabitur, atque adeo si dictum » sit, ut quandocumque venditori libuerit redimere sive retrahere liceat, in perpetuum licebit, cum tale pactum servandum dicatur in *d. l. 42.* Gomez » *2. variar. cap. 2. num. 28.* Molina *de just. et jur. disp. 374.* » ubi id etiam, probant, argum. » *l. quod si nolit 31. §. si quid 22. » de ædil. edict.* in qua emptori » conceditur rem emptam in perpetuum redhibere, si inter ipsam et venditorem convenerit, » ut quandocumque ei displiceret, » redhibere liceret.

33 » Cum hæc actio ad redimendum, utpote ex solo pacto nascens, mere personalis sit, » non licebit venditori tertium » rei possessorem, cui emptor » eam vendiderit, convenire; sed » emptorem duntaxat, ut ei quod

» sua interest solvat, ut satis aper-
» te evincit ipsa *l. 42. in fin.* ibi:
» *El comprador es tenudo de tor-*
» *nar la cosa en todas guisas,*
» *si es en su poder: E si en su*
» *poder non es, debe pechar al*
» *vendedor todos los daños, é los*
» *menoscabos que le vinieron por-*
» *que non tornó aquella cosa,*
» *que así avia vendida*, Gomez
» *ubi supr. num.* 29. Molina *d.*
» *disput.* 374. ubi satisfacit ar-
» gumentis Covarruviæ contra-
» rium sentientis 3. *variar. cap.*
» 8. *num.* 3. Quamobrem tertius
» possessor, id est, secundus emp-
» tor, rem quam emit retinebit
» securè, nisi in venditione pri-
» ma, ultra pactum de revenden-
» do, apposita fuerit conditio,
» quod non liceret emptori rem
» alteri vendere, pendente re-
» demptionis tempore: quo casu
» cum nulla foret secunda vendi-
» tio, res à secundo emptore au-
» ferretur; non quidem, ut male
» censuerunt iidem Gomez, et
» Molina *ubi supr.* vi laudatæ ac-
» tionis personalis, quæ sui natu-
» ra nequit contra extraneum
» exenceri; sed officio Judicis,
» vel proposita actione in rem à
» primo emptore, qui tunc tem-
» poris dominus est, et à quo pos-
» tea per actionem personalem eam
» venditor recuperabit. Sane si
» in pacto fuerit expressum, ut
» vendente emptore, res inempta
» censenda esset quasi prima ven-
» ditio non fuisset facta, tunc per
» venditionem ab emptore factam,
» restituente primo venditore pre-
» tium, dominium rei revivisceret
» in eo, cui proinde vindicatio
» contra quemcumque possessorem
» competeret, Hermosilla plures
» laudans in *d. l. 42. gloss. 7.*
» *num. 4.*

34 » Illud tamen in hoc ar-
» gumento pro omnibus retracti-
» bus, quos retulimus, monere li-
» bet, retrahentem nimirum loco
» ejus substitui, cui primum res
» fuerit vendita, ut hic immunis
» evadat, et si forte post vendi-
» tionem primam aliæ ante retrac-
» tum fuerint celebratæ, cassa-
» tæ intelligantur, quasi non ex-
» titissent. Itaque sic agitur qua-
» si venditor primus ipsi retra-
» henti vendidisset, in quem om-
» nes effectus prioris venditionis
» transeunt, Gomez in *d. l. 70.*
» *Tauri num.* 35. Molina *de just.*
» *et jur. disp.* 371.

35 » De retractu officiorum
» publicorum vide *l.* 23. cum *seqq.*
» *tit.* 3. *lib.* 7. *Recop.* et *ibi* Aze-
» ved. De retractu vero jurisdic-
» tionis adi Larr. *alleg. fiscal* 65.

Digitized by Google

TITULUS SEXTUS.

DE PERICULO ET COMMODO REI VENDITÆ.

Cod. lib. 4. tit. 48. (1).

1 *Ad quem pertineat periculum quando duæ res alternatim venduntur: et quando emptoris sit dum res in genere venditur.*
2 *Effectus moræ sive venditoris, sive emptoris.*
3 *Addenda de jure Hispan.*

1 Plene egimus de hoc argumento in *Inst. §. 3. de empt. et vend.* Exposuimus *ibi* famosissimam illam regulam: *Emptione perfecta periculum et commodum rei venditæ emptoris est* (2), eam ab oppositis vindicantes, ejusdemque exceptiones tradentes. Pauca itaque duntaxat *hic* addemus, quæ *ibi* omisimus, quia raro contingunt. Si quis alternatim duas res emerit, ut putà dicens: *Est mihi Stichus aut Pamphilus emptus*, in potestate est debitoris, quem velit dare: sed uno mortuo, qui superest dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit: sed si pariter decesserunt, pretium debebitur; unus enim utique periculo emptoris vixit. Idemque erit dicendum etiamsi emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere, *l. si in emptione 34. §. 6. de contr. empt.* Si res in genere vendatur, non ante periculum ad emptorem transibit, quam in specie, seu individuo, ut loquuntur Philosophi, demonstrata sit res quam venditor traditurus est; sed hoc ideo, quia ex eo tempore perfecta est emptio: nam ut perfecta sit, necesse omnino est ut appareat quid, quale, quantumque venierit, *l. necessario 8. hoc tit.* Sed nec genus per rerum naturam perire potest.

2 Diximus in *laud. §. 3. Inst.* venditorem teneri de culpa levi; quia contractus iste utriusque contrahentis utilitatem continet: cui consequens, ut ad eum periculum pertineat, si culpa ipsius levi damnum contigerit. Cæterum si emptor in mora fuerit: id est, per eum steterit quominus ad diem quo tollere debebat rem venditam, non tolleret, jam non culpa, sed dolus tantum à venditore præstabitur, *l. 5. l. 17. hoc tit.* Si autem uterque moram fecerit, ultima attenditur, et suo auctori nocet (3), ex sententia Pompon. probata in *d. l. 17.* qua corrigitur contraria Labeonis,

(1) L. 23 cum *quatuor seqq.* 5. P. 5.
(2) D. l. 23.
(3) L. 27. d. tit. 5. P. 5.

Digitized by Google

qui existimavit generaliter, emptori potius quam venditori nocere moram adhibitam, *d. l. 17. l. si et 51. de act. empt. et vend.* Quod autem in *l. 1. §. 3. hoc tit.* dicitur, licere venditori vinum effundere, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum est emptoris mora, si huic testato denunciet, *ut aut tollat vinum aut sciat futurum ut vinum effundatur;* durum quidem est. Et sane ipse Ulpian. in *d. §. 3.* ita secundum bonam fidem et rationem prosequitur: *Si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est.* Et addit, quod si ejus interfuit inania esse vasa, commodius esse, ipsum conducere alia vasa, nec reddere vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur: aut vendere vinum bona fide ut quam minimo detrimento sit ea res emptori. Jus Hispanum clarius et distinctius de hoc casu loquitur, ut mox videbimus.

3 "In Hispania *l. 24. tit. 5. »P. 5.* duo addit quæ in jure »Romano expressa quoad omnia »non invenimus. I. posse vendi»torem vinum effundere, quan»do emptor testato monitus non »venerit intra præstitutum diem; »et insuper suis vasibus egeret, »ac alia conducenda non inve»nerit. II. quod licet in rebus »quæ pondere, numero, mensu»ra constant, venditis ad pondus »vel mensuram, periculum amis»sionis seu aversionis earum in »totum vel pro parte, antequam »admetiantur vel degustentur con»tingens, æquat enim mensuræ »degustationem, ad venditorem »respiciat, ut in Romanorum ju»re: tamen augmentum vel de»minutio valoris ad emptorem »spectet: de quo nihil Romanæ »leges. Animadvertere quoque »*hic* placet, id quod tradimus »de venditione sub conditione in »*Inst. §. 3. de empt. et vend. n.* »2. probari *l. 26. d. tit. 5. P. 5.* »quia *ibi* nos fugit."

TITULUS SEPTIMUS.

DE SERVIS EXPORTANDIS, VEL SI ITA MANCIPIUM VENERIT, UT MANUMITATUR; VEL CONTRA.

Cod. lib. 4. titt. 55. et 57. (1).

1 *Hujus tit. aput nos inutilitas.*

1 Quia pacta omnia possibilia natura et jure, et quæ contra naturam contractus non sint, utiliter adjiciuntur emptioni, et servanda sunt, recensentur et probantur in *hoc tit.* quædam apud Romanos frequentia in servorum venditionibus, videlicet

(1) L. 45. *cum* duab. seqq. tit. 5. P. 5.

ut servus venditus exportetur Roma vel ex Italia, *l. 2. l. 7. hoc tit.* ut servus intra certum tempus manumittatur, *l. 3. l. 8. eod. l. 2. C. si mancip. ita fue. al.* vel ne manumittatur, *l. 5. eod. l. 6. C. hoc tit.* Quamvis autem hæc pacta etiam probata et exposita sint in *l. 45.* cum *duab. seqq. tit. 5. P. 5.* nullam jam hoc tempore Jurisconn. Hispp. operam merentur; cum enim apud nos fere in totum abolita sit servitus, raræ sunt venditiones servorum, et multo rarius, imo prorsus insolitum, ut prædicta pacta in his venditionibus adjiciantur.

LIBER XIX.

TITULUS PRIMUS.

DE ACTIONIBUS EMPTI ET VENDITI.

Cod. lib. 4. tit. 49. (1).

1 *A quo nomen sortiantur actiones* empti *et* venditi.
2 *Quid sit actio* empti, *et quando institui possit.*
3 *Quid sibi invicem præstare debeant emptor et venditor.*
4 *Quæ veniant in actionem ex empto.*
5, 6, 7 *et* 8 *Quæ nomine rei venditæ comprehendantur.*
9 *et* 10 *Quid sit actio* venditi, *quando institui possit; et de emente alienis nummis.*
11 *Veniunt etiam in hanc actionem impensæ, et quæ.*
12 *Jus Hispanum.*

1 Cum contractus emptionis venditionis ex eorum sit genere qui ab initio utrumque contrahentem obligant, necessario utrique suam directam actionem parit. Hæ autem duæ actiones ab eo cui competunt nomen sortiuntur. Appellatur itaque actio *empti* seu *ex empto* quæ emptori tribuitur; et *venditi* seu *ex vendito* ea quæ venditori datur, ut *passim* videre licet in *hoc tit.* et *aliis.* Nonnunquam tamen, etsi rarissime, Jurisconsulti non ita distincte et scrupulose loquentes actionem emptori competentem appellarunt ex vendito, et vice versa, ut in *l. 26. de evict. l. 13. §. 25. hoc tit.* quod ne quem turbet, monere placuit. Similia in aliis argumentis notavimus in *Inst. §. 6. de testam. ord. num. 2. et §. 6. de hær. qual. et diff. num. 1.*

(1) Tit. 5. P. 5.

Digitized by Google

2 Est autem actio empti: *Actio competens emptori ejusque hæredi, adversus venditorem ejusque hæredem, ut rem venditam ei tradat cum fructibus et omni causa, si facultatem tradendi habeat, vel aliàs id quod interest solvat.* Quamvis hæc actio ex contractu ipso nascatur, non tamen eam instituere potest emptor antequam pretium integrum venditori solvat vel offerat, *l. Julianus 13. §. offerri 8. cum seq. hoc tit.* aut alio modo ei satisfaciat: quod factum etiam videtur, quando venditor fidem ejus de pretio secutus est, arg. *l. 11. §. 2. eod.* Quod hæredi et contra hæredem detur postulat natura actionum rei persecutoriarum, ut sæpissime diximus. Ejus finis est ut res vendita emptori tradatur (1). Quare si venditor potestatem habuerit eam tradendi, omnino tradere tenebitur, quin liberetur solvendo id quod interest emptori renuenti, ut late probavimus in *Inst. in pr. de empt. et vend.* contraria solventes.

3 Traditionis effectus est, ut si rei venditæ dominus fuit venditor, faciat emptorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obliget, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum, quamvis emptor teneatur nummos venditoris facere, *d. l. 11. §. 2.* Diversitatis ratio est: quia si venditor rem facere emptoris cogeretur, rei alienæ venditio non consisteret: quam tamen valere indubitati juris est, *l. rem alienam 28. de contr. empt.* idque exegit commerciorum utilitas; nam alioquin contractus iste omnium utilissimus et frequentissimus impediretur, si emptor tam exacte inquirere deberet de dominio venditoris. Pretium vero in nummis consistit, qui cum res sint fungibiles, facile est emptori ut eos ante traditionem suos faciat, vel alios loco ipsorum substituendo, vel ita suis miscendo, ut discerni nequeant, *l. si alieni 78. de solut.* atque ita illos tradendo, dominium ipsorum in venditorem transferat. Hanc rationem late explicat Ant. Fab. in *Ration. d. l. 11. §. 2.* Accurs. aliique aliam assignant: quod nempe, sicut venditor, tanquam certæ speciei debitor, gravius oneratur quam debitores generis, quatenus rem ipsam tradere cogitur; ita æquum est, eum ex alio capite ita relevare, ut duntaxat teneatur vacuam rei possessionem tradere: vacua autem possessio tradita non intelligitur si alius in possessione sit, vel eam jure avocaveris, *l. 2. §. 1. cum l. seq. hoc tit.* Debet itaque venditor præstare emptori, ut in lite de possessione potior sit, *d. l. 11. §. idem 13. eod.* vel ut dicitur in *l. servus 30. §. 1. eod.* ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus fiat. Quod autem dicitur in *d. l. 13. §. possessionem 21. hoc tit.* traditam possessionem intelligi, etsi precaria sit: quia solum spectare debemus an emptor habeat

(1) L. 28. d. tit. 5. P. 5.

Digitized by Google

facultatem fructus percipiendi: recte interpretatur Glos. ut intelligatur duntaxat quoad obligationem emptoris ad solvendas usuras non soluti pretii, de quo *infra*; non ad impediendam actionem ex empto. Plane in jurium venditione frustra hanc possessionis traditionem requires, cum eam non recipiant. Quare si iter, actum, viam, aquæductum per tuum fundum emero, vacuæ possessionis traditio nulla erit: sed cavere debes per te non fieri quominus utar, *l. 3. §. 2. eod.* hæcque cautio pro traditione habebitur. Quomodo vero teneatur quando res à domino emptori aufertur, in *tit. de eviction.* tractabimus.

4 Præter vacuæ rei possessionis traditionem, veniunt quoque in hanc actionem ipsius rei fructus, *d. l. 3. §. 1. d. l. 13. §. si fructibus 10. hoc tit.* et nedum pendentes qui pars rei sunt, *l. fructus 44. de rei vind.* sed etiam qui post emptionem quidem perfectam, sed ante traditionem percepti sunt, qui proinde emptori restituendi, *l. fructus 13. l. 16. C. hoc tit.* etiamsi non naturales, sed civiles fuerint, *d. l. 13. §. item 13. hoc tit.* Nec aliud probat *ead. l. 13. in §. si in locatis 11.* dum ait pensiones agri locati ei cedere qui locaverat, id est, venditori: quia ut Accurs. Anton. Fab. et alii communiter interpretantur, id exaudiendum de pensionibus quæ respondent fructibus ante emptionem perceptis; vel ideo dicitur: quia cum actio ad pensiones ex locatione oriatur, non alii quam qui contraxit competere potest, qualis est venditor: qui tamen eam cedere debebit emptori habenti in id actionem ex empto. Sed et venit in eandem omnis causa, id est, quodcumque commodum vel quidquid rei accedat: quia cum ad emptorem periculum pertineat, æquum est, ut ad eum quoque commodum spectet. Quod dolum malum venditoris coerceat quoque hæc actio, certo certius est, *l. tenetur 6. §. pen. hoc tit.* quod in tantum procedit, ut locum etiam habeat, quando venditor sciens rem obligatam vel alienam esse, adjecerit, *ne eo nomine quid præstaret*, *d. l. 6. §. ult.* ubi et ratio: *quia dolum malum ejus semper abesse oportet in judicio empti, quod bonæ fidei est.* Sed et coercet culpam ejus levem ex famosa regula in *l. 5. §. 2. comm. vel cont.* à nobis late exposita in *Inst. §. 2. quib. mod. re cont. obl.*

5. Quia vero in venditionibus rerum immobilium, et nonnunquam etiam dum mobilia venduntur, dubitari potest quænam rei venditæ nomine contineantur, non erit inutile de eo breviter agere. Quæcumque igitur quasi pars rei venditæ, vel propter eam habentur, ejus esse dicuntur; et in venditionem veniunt: quod enim ita dicitur de ædibus distractis in *d. l. 13. §. ult. hoc tit.* de aliarum quoque rerum venditione exaudiendum esse, nemo est qui ambigat. Et quod ad ipsas ædes attinet, ipsarum sunt et emptori cedunt, non tantum

Digitized by Google

ea quæ ipsis ædibus affixa sunt, vel eis accessorie unita, ut fistulæ et canales per quos aqua in ædes ducitur, et eisdem junguntur, quamvis longe excurrant extra ædificium, aliaque similia, *l. 15. eod.* (1), atque horti in quos per ipsas ædes habetur aditus, et earum additamenta sunt, *l. prædiis 91. §. qui domum 5. de leg. 3.* sed etiam quæ neque unita neque affixa sunt; propter ædes tamen perpetui usus gratia habentur (2): ut puta claves, et puteal quo puteus operitur, *d. l. 13. §. ult. l. 14. l. 17. hoc tit. in pr.* et §§. *3. 8.* et *9.* ubi et alia exempla. Similiter ædificii sunt quæ ex eo detracta sunt, ut reponantur, puta regulæ: at quæ parata sunt ut ponantur, non sunt ædificii, *d. l. 17. §. ea 10. l. granaria 18. §. 1. eod.* (3). Neque ea quæ in ædificiis quidem sunt, sed non perpetui usus gratia, sed ad præsens, *d. l. 17. §. 7.* quo referuntur ea quæ in *§. 4. ejusd. l. 17.* recensentur, Voet. *hoc tit. n. 5.*

6 De doliis seu vasis vinariis, et torcularibus in terram defossis, quæ in fundo aut villa sint, habemus in *d. l. fundi 17. hoc tit.* fundi aut villæ non esse, etiamsi ædificio cohæreant, è contrario ea cedere horreorum venditioni, docet Paulus in *l. dolia 76. de cont. empt.* Unde hanc distinctionem inter venditionem fundi aut villæ, et horrei venditionem faciunt Voet. *hoc tit. n. 4.* et Cujac. in *dd. ll. 17. et 76.* Quoad primum tamen progreditur idem Cujac. in *d. l. 76.* et ait, etiam in venditione fundi dolia emptori cedere si adeo ampla sint ut fere moveri non possint; vel ita infixa, inædificata seu illigata ut perpetui usus causa ibi posita esse videantur: quia ita infixa et inædificata pars ædium seu ædificiorum sunt, *l. cum fundus 21. l. dolia 26. de instr. vel inst. leg.* quam distinctionem probat etiam Glos. in *dd. ll. 17. et 76.* De granariis ligneis expresse statuit *l. 18. hoc tit.* (4) ædium esse, si stipites eorum in terram defossi sunt; non aliàs.

7 Fundi nihil esse nisi quod terra se tenet, ait Ulp. in *d. l. 17. hoc tit.* Pomponius vero cautius loquitur in *d. l. 21. de instr. vel instrum. leg.* dum inquiens, nullam ex his rebus quæ moveri possunt *fundi* appellatione contineri, addit *paucis exceptis.* Et sane ipse Ulp. in §. 2. *d. l. 17.* docet, fundo vendito, sterquilinium et stramenta emptoria esse si stercorandi agri causa comparatum sit; venditoris si vendendi nec interesse in stabulo jaceat, an acervus sit: ligna autem venditoris esse, quia non sunt fundi tametsi ad eum comparata sint. Et de palis qui vineæ causa parati sunt, eamdem distinctionem adhibet in §. 11. ut sint vel non sint fundi, quam de tegulis memoravimus respectu

(1) D. l. 28. tit. 5. P. 5.
(2) D. l. 28.
(3) D. l. 28.
(4) L. 29. eod.

ædium, *supra n. 5.* (1). Pisces vero qui sunt in piscina, ac pullos et alia animalia, quæ sunt in ædibus aut fundo, ædium aut fundi non esse, constat *l. 45.* cum *seq. hoc tit.* (2). Quid autem intersit inter venditionem fundi factam ad corpus seu speciem, et eam quæ fit ad quantitatem, numerum vel mensuram, tractavimus *sup. tit. de contr. empt. n. 4.*

8 Si equus vel aliud jumentum fræno aliisve ornamentis ornatum aut instructum tempore et causa venditionis ostendatur, ornamenta quoque emptori debentur: non aliàs, *l. ædiles 38. in pr. et §. 11. de ædil. edic.* Gomez *var. resol. 2. cap. 2. n. 15.* Si itaque non vendendi, sed itineris causa ornatum ducitur, aliud erit dicendum, ut non obscure significat Ulp. in *fine d. §. 11.* ac æquitas et verba edicti relata in *pr. d. l. 38.* suadent, monetque Gutierr. *de gabel.* seu *pract. quæst. lib. 7. quæst. 77. n. 14.* cum *seq.* An autem ove vel vacca vendita, venditus etiam censeatur hædus aut vitulus, non ita expeditum est. Gomez in *d. cap. 2. n. 14.* et alii, quos *ibi* laudat, et Ayllon *ib. n. 15.* volunt deberi, si partus isti lactantur adhuc ab ipsa matre, quasi tunc accessoriæ adhæreant matri, unaque cum ipsa censeantur res. Si vero herbam jam pascant et per se alantur, non deberi: quia jam judicantur res distincta, et non pendens à matre. Voet. autem *hoc tit. n. 9.* indistincte negat deberi, inquiens contrariam opinionem neque ratione, neque lege firmari. Plane in *Inst. §. siquis 17. de legat. n. 2.* ostendimus ex *l. 3. de pecul. leg. et l. 63. de legat. 1.* duo legata esse distincta cum quis ancillam cum natis suis legat: quæ leges generaliter loquuntur, non adhibita distinctione, an partus lactentur necne. Existimamus itaque probabiliorem de jure hanc sententiam. Aut si malueris distinguemus in hac materia: ut cum agitur de transferendo dominio, appellatione *ovis* seu *equæ* indistincte non veniant fœtus, per *d. l. 63. de legat. 1. l. legatis 65. §. ult. l. servis 81. §. 4. de legat. 3.* veniant autem qui lactantur, quando dominium non transfertur, ut in commodato, *l. si ut certo 5. §. 9. commod. vel cont.* et precario, *l. quamvis 10. de precar.*

9 Nunc actionem venditi seu ex vendito examinemus. Ea est: *Actio competens venditori ejusque hæredi, adversus emptorem ejusque hæredem, ad pretium una cum usuris post tempus traditionis decursis solvendum.* Sicut autem ut diximus *sup. num. 2.* actio empti licet ex ipso contractu oriatur, non ante efficaciter institui potest quam emptor pretium integrum solvat aut offerat venditori, vel alio modo ei satisfaciat: ita nec actio venditi efficaciter instituetur priusquam venditor rem tradat emptori, *l. qui pendentem 25. hoc tit. l. 5. §. 4. de dol. mal. et met.*

(1) L. 31. d. tit. 5. P. 5.

(2) L. 30. eod.

except. Venit in hanc actionem, ut definitio ostendit, nedum pretium quanti res veniit (1); sed etiam ejus usuræ post traditionis diem: nam cum emptor re fruatur, æquissimum est, eum usuras pretii pendere, *d. l. 13. §. veniunt 20. hoc tit.*

10 Quod vero monuimus *sup. num. 3.* teneri emptorem pretium solvendo, nummos venditoris facere, efficit ut ipse solutis nummis, quorum dominium in venditorem transferre non potuit, liberationem non consequatur, *l. si servos 7. C. hoc tit.* licet dominus fiat rei venditæ et sibi traditæ. Qui ergo aliena pecunia comparat, non ei cujus nummi fuerunt, sed sibi tam actionem empti, quam dominium, si ei fuerit tradita possessio, quærit, ut ajunt Diocl. et Max. in *l. qui aliena 8. C. si quis alt. vel sib. sub. alt.* Anton. in *l. 1. eod.* et Gord. in *l. 6. C. de rei vind.* (2). Cujus ratio est: quia in judiciis singularibus nec pretium in locum rei, nec res in locum pretii succedit. Excipe tamen milites, pupillos et minores, quibus utilis in rem actio datur quando pecunia expensa à tutoribus vel curatoribus, ipsorum fuit, *l. 8. eod. l. 2. C. quam ex fact. tut.* Ita tamen ut in arbitrio pupillorum seu minorum sit vel actione ista uti, vel pretium cum usuris repetere, *l. si curator 3. C. arb. tut.* (3). Cæteri pecuniæ domini poterunt de ea emptorem convenire, *d. l. qui aliena 8.* et si extiterit, eam rectè petere, *d. l. 1.* et *ibi* glos. Ob pretium autem non solutum, non rectè petet venditor contractus dissolutionem, reique jam per traditionem in emptorem translatæ restitutionem: sed tantum eum poterit cogere, ut contractum adimpleat, *l. incivile 12. C. de rei vind. l. 6. C. hoc tit.* nisi id nominatim convenerit, *d. l. 6.* ut accidit in venditionibus sub pacto legis commissoriæ: quo etiam referenda *lex cum te 6. C. de pact. int. empt. et vend.* quæ etiam intelligi potest de contractu innominato, in quo præter exiguum pretium aliud majoris valoris dandum, vel faciendum erat ab emptore, ut probat Voet *hoc tit. num. 21.* Et adeo per traditionem rei venditæ, dominium in emptorem accipientem transfertur, ut si quis duobus rem eandem vendiderit, ille dominus fiat, et in re habenda et retinenda præferatur cui priori fuerit tradita, etiamsi alteri prius sit vendita: qui actionem duntaxat ex empto adversus venditorem habebit, ut quoniam fidem contractus fregit, quanti ejus interest præstare cogatur, *l. quotiens 15. C. de rei vind. l. 6. C. de hær. vel act. vend.* (4). Idem quoad Publicianam actionem diximus in *Inst. §. 4. de act. n. 8.* (5).

11 Quia in hoc contractu, utpote bonæ fidei, debent contra-

(1) D. l. 28. tit. 5. P. 5.
(2) L. 49. eod.
(3) D. l. 49.
(4) L. 50. d. tit. 5. P. 5.
(5) D. l. 50.

Digitized by Google

hentes sibi invicem præstare quod ex æquo et bono fieri oportet; et omne commodum post perfectionem ejus et ante traditionem contingens, ad emptorem pertinent: æquum quoque est, ut venditor ab eo consequatur per hanc venditi actionem sumptus quos ante traditionem fecerit in re vendita: ut putà si quid in ædificia distracta, vel ægri servi curationem erogaverit, vel etiam in ipsius servi mortui funus: aut alios quos verisimile erat etiam emptorem velle impendi: si modo sine culpa venditoris fuerint facti, *d. l. 13. §. præterea 22. hoc tit.* Recuperabit itaque venditor impensas necessarias, et ex utilibus quas verisimile sit emptorem facturum.

12 "In Hispania *l. 29. tit. 5. »P. 5.* dubitare non sinit, quan»do vasa olearia, dolia aut simi»lia, ædium emptori cedant, cum »expressè statuat ei deberi quæ »in terram sunt defossa: cætera »vero mobilia, et non defossa ad »venditorem pertinere. Quoad »venditionem vero bestiarum seu »jumentorum praxi receptum vi»demus, ut his venditis etiam »vendita censeantur ornamenta »quibus tempore venditionis in»duta ostenduntur, insuper habi»to utrum id contigerit ipsius ven»ditionis causa, an itineris: quæ »consuetudo fortè introducta est, »quia Interpretes non satis con»siderarunt finem §. *11. l. 38. de »ædil. edict.* cujus meminimus »*supra n. 8.*"

TITULUS SECUNDUS.

LOCATI CONDUCTI.

Cod. lib. 4. tit. 65. (1).

1 *Omnia quæ in emptione obtinent, locum quoque in locatione habent, nisi ratio differentiæ clarè appareat.*

2 *Qui possint locare vel conducere; et qui prohibeantur.*

3 *Quid sit actio locati.*

4 *et* 5 *Quando remitenda sit merces.*

6 *Valida est pactio, qua conductor casibus fortuitis renunciat; non tamen extenditur ad insolitos.*

7 *An propter magnam ubertatem augenda sit merces.*

8 *Quid dicendum quando conductor justam habet causam deserendi rem conductam.*

9 *Et quid quando eam deserit sine justa causa: et quid consequatur conductor ubicumque remissio facienda.*

10 *et* 11 *Quid sit actio* conducti; et *quæ veniant in eam.*

12 *Permissum est conductori rem alteri locare.*

(1) Tit. 8. P. 5.

Digitized by Google

13 *Quando finiantur locationes factæ ab eo qui in aliquo officio constitutus sit.*

14, 15 *et* 16 *Jus Hispanum.*

1 Superest tractandus in *hoc tit.* quartus et ultimus contractus ex iis qui solo perficiuntur consensu, qui *locatio conductio* dicitur. De eo integer quoque titulus est in *Instit.* 25. nempe *libri* 3. *Ibi* docuit Justinianus, et nos exposuimus simillimum eum esse contractui emptionis venditionis, unaque animadvertimus præcipuas inter utrumque differentias: et quænam res operæve locari queant, aliaque plura scitu digniora. Cætera *illic* non attacta, *hic* recensebimus et præscrutabimur. Quemadmodum in emendos et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere: quod minoris sit pluris emere, et ita invicem se circumscribere: ita quoque in locationibus et conductionibus juris est, *l. item* 22. §. *ult. hoc tit.* Huc ergo accommoda quæ de emptione venditione diximus *tit. de resc. vend. num.* 2. et generaliter tene omnia quæ in emptione obtinent, locum habere in locatione, nisi differentiæ ratio clarè appareat: hocque significare voluit Justinianus cum in *pr. Inst. de locat. et cond.* dixit: *Locatio et conductio proxima est emptioni et conditioni, iisdemque juris regulis consistit.*

2 Quicumque contrahendo se obligare possunt, locare vel conducere valent, nisi specialiter prohibeantur: prohibiti autem sunt, Curiales, *l. curiales* 30. *C. hoc tit.* (1), milites, *l.* 31. *eod.* (2), Clerici, *novel.* 123. *cap.* 6. tutores et curatores, qui bona fiscalia et patrimonialia Principis conducere prohibentur, nedum cùm tutelam seu curam gerunt, sed etiam postea antequam rationes reddiderint, *l.* 49. *in pr.* et §. 1. *hoc tit. l. un. C. ne tut. vel curat. vect. conduc.*

3 Locati seu ex locato actio, quæ ex hoc contractu nascitur, est: *Actio competens locatori ejusque hæredi, adversus conductorem ejusque hæredem, ut statuto vel solito tempore, ei mercedem solvat, et rem finita locatione restituat.* Hæc definitio, quæ communiter traditur, de locationibus in quibus res locata conductori traditur, concepta est, utpote principalioribus, et quæ difficultatibus magis sunt obnoxiæ: in quibus enim meræ operæ locantur nulla re tradita, ut accidit in mercenariis operas suas locantibus, palam est, nullam rei restitutionem posse contingere; sed finita opera, merces ejus præstanda ab eo cui fit, qui operæ conductor est, mercenarius locator. Si autem volueris, ut definitio has etiam locationes complectatur, post verbum *rem*, adde, *quæ sibi tradita fuerit.*

4 Quia merces pro quantitate et qualitate fructuum qui percipi solent, constituitur; æquitas, quæ maxime in contrac-

(1) L. 2. d. tit. 8. P. 5.

(2) D. l. 2.

Digitized by Google

tibus bonæ fidei attenditur, postulat ut remittatur vel minuatur, quotiens sine conductoris culpa, plus quam tolerabile est, læsi fuerint fructus, puta vi majori seu casu fortuito: modicum autem damnum ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur, *l. si merces* 25. §. *vis* 6. *hoc tit.* Plura hujus læsionis magnæ exempla traduntur in *l. ex conducto* 15. §. 2. *eod.* (1): quæ damna remissioni mercedis locum faciunt, duobus casibus memoratis *ibid.* exceptis, veluti si ex rei ipsius vitio; vel secundum loci consuetudinem proveniant (2): quia in primo aliqua conductoris culpa consideratur; et de secundo cogitasse contrahentes præsumitur.

5 Itaque si ex cæteris causis recensitis in *d.* §. 2. aliisque similibus casibus fortuitis contigerit sterilitas, locum remissioni faciet, *d. l.* 15. §. 4. magna quidem: nam modica, quæ potiùs exiguitas fructuum appellatur, comtemnitur, *d. l.* 15. §. 5. et eam ut ait *d. l.* 25. §. 6. colonus æquo animo ferre debet. Quanta vero debeat esse sterilitas, ut habeat locum remissio, non convenit inter Interpretes, qui in plures abeunt sententias: quarum receptior est, quam tenet Gom. 2. *var. cap.* 3. *n.* 18. alios laudans, et plures Ayllon in *addit. ibid.* ut talis sit, quando facta collatione fructuum cum mercede, læditur conductor ultra dimidium justi pretii, arg. *l.* 2. *C. de resc. vend.* Alii id arbitrio Judicis relinquendum putant, ut cætera quæ certo jure difinita non sunt. Plane pro qua parte sit facienda remissio, quando non omnes fructus periere, non alia via decidi posse videtur. Si vero nullos fructus colonus perceperit, Judicis arbitrio locus non erit; sed tota pensio remittetur ei: quia operas et semen eum perdere, satis visum est, *d. l.* 15. §. 2. (3). Scire etiam oportet, interdum unius anni sterilitatem cum aliorum ubertate computari, ut ecce: Si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem; deinde sequentibus annis contingat ubertas, nihil oberit locatori remissio; sed integram mercedem etiam ejus anni quo remissit, exiget. Sed etsi verbis donationis locator ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum (4): quasi, ut Ulpianus ait, non sit donatio, sed transactio, id est, ut interpretatur Glossa, à petitione recessio. Si tamen novissimus locationis annus erat sterilis, in quo fit remissio; etsi superiores uberes fuissent, locatore sciente, non debebit colonus ad computationem vocari, *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* Ratio hujus ultimi est: quia tunc locator novissimi anni mercedem remittens, donare simpliciter intelligitur, ut

(1) L. 22. d. tit. 8. P. 5.
(2) D. l. 22.
(3) D. l. 22.
(4) L. 23. d. tit. 8. P. 5. *et* ibi *Gregor. Lop.* gloss. 5.

Digitized by Google

rectè explicat Glossa: atque inde infert locum compensationi etiam tunc esse, si locator ignoraverit superiorum annorum ubertatem.

6 Animadvertendum tamen, validam futuram pactionem, qua conductor hujusmodi remissionibus renunciaverit: si quis enim fundum locaverit, ut etiam si quid vi majore accidisset, pensio ei præstaretur, pacto standum est, *l. si quis 9. §. 2. eodem* (1). Nec statim improbandum tanquam iniquum: quia creditur, ejus contemplatione viliori pretio fundum fuisse conductum: atque hoc respectu utile fortasse esset reipublicæ statuere ut fructus essent semper periculo conductoris, quin unquam ob eorum defectum remissio mercedis locum haberet: ut ita amputarentur frequentes difficilesque lites, ut ostendit Molina *de justit. et jur. tract. 2. disp. 495. vers. Subjungit.* An autem laudatum pactum, seu renunciatio solum referatur ad casus solitos, de quibus regulariter cogitatur; vel extendatur etiam ad insolitos, de quibus cogitare nemo solet, quia rarissimi ut vix unquam contingat, dubium est plures habens hinc inde propugnatores: communior tamen est negantium sententia, quam tenent Gom. *ubi supra n. 19.* et Molina *d. disp. 495.* Vinn. *lib. 2. select. quæst. cap. 1.* latè contrariam tuetur. Communior videtur æquior.

7 An vero quemadmodum ob sterilitatem remittenda seu minuenda sit pensio, ita è converso sit augenda propter magnam seu supra expectationem, ubertatem, quæstio est, quam affirmatè resolvit Gom. *ubi sup. n. 18.* cum pluribus quos laudat, aliisque adductis ab Aylon, casum excipiens, quo ubertas provenerit ex industria et diligentia conductoris, quia solicite laboravit: quod etiam sensit Glossa in *d. l. 25. §. 6. eod.* Sed probabilior nobis videtur contraria opinio quam tenet Voet, *hoc tit. n. 24.* et latè Ant. Fab. in *Ration. d. l. 25. §. 6.* tum quia nusquam id in jure scriptum est: imo plurimum hanc sententiam juvat *d. l. 25. §. 6.* dum ait immodicum lucrum conductori non auferri, licet in contrario sterilitatis casu remissionis fiat mentio: tum etiam aliis rationibus quas idem Fab. adducit, contraria solvens: quem vide, si placet.

8 Remittenda quoque erit conductori pensio, si justam et inculpabilem causam habuerit, rem conductam ante tempus deserendi. Si quis igitur justa timoris causa emigrasset, mercedem non debebit, quamvis periculum vere non fuisset: aliud erit si timoris causa non fuerit justa, *l. habitatores 27. §. 1. hoc tit.* quia ut dicitur in *l. vani 184. de div. reg. jur.* vani timoris justa excusatio non est. Reputationis etiam seu remissio-

(1) D. l. 23.

Digitized by Google

nis mercedis ratio habenda erit, si vicino ædificante, obscurentur lumina cœnaculi, aut ostia fenetrasve nimium corruptas locator non restituat seu reficiat, *d. l.* 25. §. 2. *eod.* quam doctrinam exandiendam esse de casu, quo damnum conductoris fuerit grave, patet ex *laud. l.* 27. qua docemur non oportere deductionem mercedis fieri, his habitatores paulo minus commode aliqua parte cœnaculi uti cogantur ob id quod dominus aliquid demoliri, necesse habuit; ita ut domi habitatione conductor æque usus fuisset, *l.* 28. *eod.* arbitrio itaque Judicis hæc res relinquenda.

9 Qui autem contra legem conductionis rem sine justa et probabili causa deseruerit ante tempus, ad solvendas totius temporis pensiones *ex conducto* conveniri poterit, quatenus locatori in id quod ejus interest, indemnitas servetur, ut loquitur Paul. in *l. dominus* 55. §. *ult. hoc tit.* Hunc tamen conductorem exonerabit, si quam fortè mercedem pro reliqui, quod supererat, temporis usu, locator ab alio acceperit: quam simul à conductore capere, æquitas non patitur: idque significare voluit Paul. cum ait, locatori solvendum quod ejus interest, ut indemnis servetur, ut rectè considerauit Voet. *hoc tit. num.* 22. Bene quoque monet Glos. Paulum in *d. l.* dixisse *ex conducto* pro *ex locato:* quod et in actionibus empti et venditi interdum contingere notavimus *tit. præc. num.* 1. Ubicumque vero remissionis ratio habetur ex causa casus fortuiti; non id quod sua interest conductor consequitur: sed mercedis exonerationem pro rata: et damnum amissi seminis ad eum pertinebit, *d. l.* 15. §. 7. *hoc tit.* et *ibi* glos. Illud denique monere libet, nunquam posse consequi remissionem pensionis colonos, qui non solvere debent certam et determinatam pensionem, sive in nummis, sive in fructibus; sed incertam, puta dimidiam vel tertiam fructuum partem: quia isti, quos *partiarios* dicimus, quasi societatis jure damnum et lucrum cum domino fundi partiuntur, *d. l.* 25. §. 6. *hoc tit.*

10 Actio conducti seu ex conducto quæ ex eodem contractu nascitur, est: *Actio competens conductori ejusque hæredi, contra locatorem ejusque hæredem, ut usum rei conductæ ei præstet.* Tenetur itaque locator hac actione, si conductori non liceat re quam conduxit frui: fortè quia possessio totius agri aut partis non præstatur, vel villa non reficitur; vel denique si quod ex lege condutionis ei præstandum erat, non præstetur, *d. l.* 15. §. 1. Cum id contingerit, hæc distinctio placuit, ut si conductor prohibitus sit frui ob factum cui resistere locator potuit, teneatur iste quanti interest conductoris: sin autem ob vim majorem alterius cui nequivit obsistere, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debeat, *l.* 33.

Digitized by Google

eod. (1). Nec satisfacit tradendo creditori rem ipsam locatam, sed debet etiam tradere ea quæ accessoria censentur, sine quibus scilicet commode quis uti nequit: de quibus longum recensum habemus in *l. sed addes 19. §. illud 2. hoc tit.* Sed et tenebitur si rem vitiosam locaverit, cujus usus conductori noceat. Finge Titium mihi locasse dolia vitiosa, vinumque meum effluxisse, tenebitur mihi in id quod mea intersit, etiamsi ignarus locaverit. At si saltum pascuum mihi locavit in quo mala herba nascebatur, et pecora mea demortua sunt, vel deteriora facta, præstabit quoque quod interest, si sciens locavit: sin vero ignorans, pensionis duntaxat petitio ei denegabitur, *d. l. 19. §. 1.* (2). Anton. Fab. ex Accursio discriminis rationem tradit in *d. §. 1.* quia scilicet vitia quæ facilius sciri possunt et debent, si ignorentur gravius coercentur: ubi rationem quoque assignat cur commodans vasa vitiosa non aliter commodatario teneatur, quam si commodaverit vitium sciens: quam et nos exposuimus *sup. tit. com. vel contr. n. 3.* Si vero res locata, sine culpa locatoris perierit, non tenebitur conductori præstare, ut frui ei liceat, ut putà si insula locata fuerit exusta: et merces ejus temporis quo ædificium stetit solvenda erit, *l. 9. §. 1. eod.*

11 Venient quoque in hanc actionem impensæ sive necessariæ sive utiles in re locata factæ à conductore, qui eas petere poterit, vel per retentionem servare, *l. dominus 55. §. 1. hoc tit. l. 61. eod.* (3). Sed si constaret impensas utiles mala fide fuisse factas, vel quia non perpetuæ, sed temporales sunt pro tempore tantum locationis duraturæ (4); vel ut conductori liceret diutius in re immorari, et locatori quominus eam persequi et occupare posset, impedire, aliud esset dicendum, Gom. *ubi sup. n. 20.* Fab. *d. l. 55. §. 1.* Quare nec delicatus locator, nec onerosus conductor audiri debet, secundum ea quæ in casu simili latè diximus in *tit. de pign. act. n. 7.* Sanè si absque rei detrimento tolli queant, id nunquam conductori denegandum. Si conductor itaque ostium, vel alia quædam ædificio adjecerit, actionem ex conducto habebit, ut ei tollere liceat, ut tamen damni infecti caveat; ne in aliquo, dum aufert, deteriorem causam ædium faciat, sed ut pristinas facies ædibus reddat, *d. l. 19. §. 4. hoc tit.* Simili modo si arcam seu mensam in ædes contulerit, et ædium aditum locator coangustaverit, cum eo aget ut aditum et facultatem tollendi arcam præstet, sumptibus ipsius locatoris, *d. l. 19. §. 5.*

12 Permissum est conductori rem quam conduxit alteri locare, nisi aliud convenerit, *l. 24. §. 1. hoc tit. l. nemo 6. C. eod.* Si hoc contigerit, fructus

(1) L. 21. d. tit. 8. P. 5.
(2) L. 14. eod.
(3) L. 24. eod.
(4) *Arg.* d. l. 24.

Digitized by Google

quos secundus colonus perceperit, in causa pignoris domino sunt, quasi primus eos percepisset, *d. l.* 24. §. 1. Unde idem erit dicendum de invectis et illatis, si prædium urbanum fuerit.

13 Examinare denique *hic* libet argumentum scitu dignissimum, quia frequentissimum; an scilicet locationes factæ ab illo qui in aliquo officio, dignitate, seu administratione sit constitutus, durent eo mortuo, aut alio modo hæc derelinquente. Sic autem cum communi sententia distinguendum putamus: Si quis ita locaverit rem cujus fructus seu reditus ad eum non pertinent, sed ad Ecclesiam, civitatem, aut alium quemlibet, ut accidit in Ecclesiarum Prælatis seu præbendam aliquam obtinentibus, in Decurionibus, et in tutoribus et curatoribus: durabit locatio, quin ab ea resilire valeat, antequam tempus statutum labatur, neque locatoris successor, neque qui sub curatione fuit, neque conductor, *arg. l. si tutelæ 8. de adm. et per tut.* et *ibi* gloss. et DD. communiter. Ratio est: quia hujusmodi locatio legitimè facta fuit administratorio nomine: quæ autem ita fiunt non expirant cum persona. Sin autem rei locatæ reditus ad ipsius locantis usum et sustentationem deputati sint, quamvis dignitatis seu officii esse dicantur, locatio finietur (1): quia facta fuit nomine proprio et de rebus de quibus pacisci ipse locator non potuit ultra tempus vitæ suæ, Gom. 2. *var. cap.* 3. *n.* 8. Covar. 2. *var. cap.* 15. *à n.* 5. Mol. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 492. Qua ratione, idem dicendum de locationibus factis à possessoribus majoratuum et fideicommissorum, fructuariis (2) et similibus personis, Gom. et Mol., *ibidem*, et alter Mol. *de primog. Hisp. lib.* 1. *cap.* 21. *à n.* 1.

14 "In Hispania postquam »*l.* 22. *tit.* 8. *P.* 5. statuit, to»tam mercedem remittendam, si »colonus nullos collegerit fruc»tus; non culpa quidem sua, sed »casu aliquo fortuito ex iis qui »valdè frequentes non sunt: quod »etiam statutum Romanorum ju»re in *d. l.* 15. §. 2. *hoc tit.* et »idcirco notavimus *n.* 4. *in mar»gine:* progreditur et vult, ut »si non omnes fructus fuerint »læsi, sed aliquam eorum por»tionem conductor perceperit, »eligere ipse possit, vel inte»gram mercedem locatori solve»re, vel deductis sumptibus et »seminibus, fructus qui super»sint, eidem dare: quam electio»nem in *legibus Romanis* expres»sam non legimus. Habebit ita»que apud nos aliquam remis»sionem, seu commoditatem con»ductor, quotiescumque fructus »qui supersunt, mercedem non »exæquant. Limitatio quam in »*glos.* 8. *d. l.* 22. adducit Greg. »Lop. nec verbis nec sententiæ *ip»sius leg.* videtur consona. Puta»mus igitur Legislatorem nostrum »nullam probasse opinionem In-

(1) L. 9. *tit.* 17. P. 1.

(2) L. 3. d. tit. 8. P. 5.

Digitized by Google

» terpretum Romani juris, qui dis-
» sidebant in designanda quan-
» titate sterilitatis, quæ remissio-
» ni mercedis locum facere debet,
» aliamque viam arripuisse. Vide
» late et optime, ut solent, de
» hoc locuentes Mol. *d. l. tract.* 2.
» *disp.* 495. et D. Covarr. *pract.*
» *quæstt. cap.* 30. ubi ait in vers.
» *Vidi*, se non semel vidisse in
» regio Granatensi Prætorio, has
» controversias decidi omissa *le-*
» *gis nostræ* 22. forma, facta
» remissione pro ratione tertiæ vel
» quartæ partis pensionis, arbi-
» trio judicantium, cum nec de
» fructuum perceptorum quanti-
» tate, nec de impensarum ratio-
» ne facile constare queat, prop-
» ter varias testium responsiones:
» hisque judiciis sæpissime ipsum
» subscripsisse.

15 » Præterea, *l.* 23. *de tit.* 8.
» *Part.* 5. *vers. Otrosi* conduc-
» torem qui casu fortuitu perci-
» peret aliquo anno fructus ultra
» duplum plures, quam qui fac-
» ta annorum computatione, in
» singulis percipi solent, subji-
» cit ut pensionem statuta duplo
» majorem solvat: non ita si o-
» pera vel industria ejus ubertas
» contingeret. In rationem du-
» plandæ pensionis adducit famo-
» sissimam illam regulam, quod
» æquum sit, eum sequi commo-
» da, quem sequuntur incommoda:
» sed tamen quantitatem uber-
» tatis taxat, in locum augmento
» pensionis faciat. Ex jure Ro-
» mano nunquam esse augmento
» locum, probabilius putavimus
» *sup. n.* 7. per ea quæ *ibi* dixi-
» mus. Et *l.* 4. *eod. tit.* 8. vult,
» ut non existente pacto, nec
» consuetudine circa tempus so-
» lutionis mercedis, solvenda sit
» in fine anni.

16 » Oportet quoque animad-
» vertere, locationes regiorum re-
» dituum novæ licitationi obno-
» xias esse postquam jam fuerint
» in auctione concessæ (*fueren re-*
» *matadas*), si quis voluerit
» mercedem augere (*pujar*): ita
» tamen ut mercedis augmentum
» decimam partem ejusdem exæ-
» quet, aut saltem quintam, quo
» casu appellatur *media puja en-*
» *tera*; et in quatuor partes di-
» vidatur, quarum una priori lo-
» catori, qui à locatione excludi-
» tur, tribuatur, et reliquæ tres
» Regis patrimonio, *l.* 2. cum *seq.*
» *tit.* 13. *lib.* 9. *Recop.* Post se-
» cundam autem concessionem
» (*postrimero remate*) non aliter
» augmentum admitti posse, quam
» si ad quartam totius mercedis
» quantitatem ascenderit, statuit,
» *l.* 5. *eod.* Quomodo autem hæc
» sint peragenda, sparsum habes
» in *legibus d. tit.* 13. Quæ om-
» nia servari jubentur in locatio-
» nibus bonorum ad Universita-
» tes pertinentium (*Propios y Ar-*
» *bitrios*) decreto supremi Cas-
» tellæ Concilii an. 1771.

APPENDIX

JURIS HISPANI.

DE CENSIBUS.

1, 2 et 3 *Unde veniat nomen* census; *et variæ ipsius acceptiones et species.*

4, 5, 6 et 7 *Qui sit census reservativus: differentiæ inter censum reservativum et emphyteusim, et de quo intelligenda*, l. 68. Tauri, *quæ pœnam commissi probat, et an census in dubio judicandus emphyteuticus vel reservativus.*

8 et 9 *Justitia census reservativi, ejusque species.*

10 et 11 *De natura census consignativi.*

12, 13 et 14 *Varias hujus species.*

15, 16 et 17 *De requisitis in censu, et præcipue de pretio.*

18 *De pretio census emphyteutici.*

19 *De pensione.*

20 *De re, quæ censui subjicitur, et an in ea hipotheca, aut jus aliud constituatur, usque ad num.* 26.

26 et 27 *Quid dicendum quando pars duntaxat rei parierit.*

28 *Res debent esse frugiferæ et immobiles.*

29, 30, 31, 32 et 33. *De pactis, quæ contractui census adjici solent.*

34 *De modis quibus census extinguuntur late, usque ad num.* 43.

43, 44 et 45 *De debitorio, deque* l. 5. C. de act. empt. et vend.

46, 47 et 48 *De obligatione manifestandi census rebus impositos.*

1 »Census dictus est à *censeo* »quatenus hoc verbum significat »recensere, describere, aut æs»timare: qua origine atenta et »de personis prædicatur, et de »rebus, ut sit: *Descriptio per»sonarum, seu descriptio et æs»timatio bonorum quæ in homi»num patrimoniis sunt, ut Prin»cipi præstentur tributa, et cæ»tera quæ ipsi debentur*: hocque sensu capitur in *titulis Pand. »et C. de censib.* Hinc dictum »*censum agere*, pro nomina et fa»cultates singulorum civium re»censere; indeque appellati *cen»sores* seu *Censitores* qui id per»agebant, ut patet ex Varrone *lib.* »*4. de ling. lat.* et Fest. *lib. 3.* quos

» refert et sequitur Hotoman. in » *Magist. Roman. descript. verbo Censores*, et ex illo Cicero» ronis, *lib. 3. de legibus*: *Censores populi ævitates, soboles familias pecuniasque censento.*

2 » Nonnunquam sumitur etiam verbum *census* ad significandum ipsum tributum, ut » in *l. 2. C. sin. cens. et reliq.* » *l. 8. tit. 22. P. 1.* ibi: *Censo*, » ó *tributo*, et in illo Matthæi » Apost. *cap. 22. vers. 17.* ¿*licet* » *censum dare Cæsari an non?* » ut recte notarum Felician. *de* » *cens. in proœm. n. 6.* Covarr. » *3. var. cap. 7. n. 11.* et Molina » *de just. et jure tract. 2. disput. 371. Atque inde capite* » *censi* seu *censiti* dicebantur illi, qui nullo, aut perquam » parvo ære censebantur, quoniam in his solum capiti cen» sus seu tributum imponebatur. » Sumitur etiam *census* pro quocumque onere alicui imposito; et » quoad præstationem pro omni » eo quod alicui in singulos annos præstatur ratione subjectio» nis, fundationis, seu alterius » justæ causæ: de quibus accep» tionibus videri poterunt Molina *ubi supra*, et late agens » Avend. *de censib. cap. 2.*

3 » In nulla tamen harum » significationum nobis hoc loco » sermo est de censibus: sed de » eis duntaxat quatenus sunt: *Jus* » *percipiendi annuum reditum seu* » *pensionem procedens è translatione dominii rei alicujus seu* » *quantitatis certo modo factæ* » *in eum, qui præstat reditum.* » Ita definiti relatione ad eum » cui debentur facta, in triplici » sunt differentia, ut alii dican» tur *census emphyteutici*, alii *re*» *servativi*, et *consignativi* alte» ri. Et quia de emphyteuticis » locuti jam sumus in *Inst. §. 3.* » *de locat. et conduct.* cæteri erunt » *hujus Appendicis* argumentum » præcipuum.

4 » Census itaque reservati» vus seu retentivus contingit: » *Cum quis alteri rem immobi*» *lem dat transferendo in eum* » *omne sive dominium direc*» *tum, et utile, reservata sibi* » *annua pensione in fructibus,* » *vel pecunia solvenda à cen*» *suario, qui rem accipit*, Cenc. » *de censib. quæst. 1. n. 5.* Fe» lician. *de censib. lib. 1. cap. 4.* » *num. 15.* et Avend. *ubi supra* » *cap. 13. num. 2.* laudans plu» rimos, qui ita ejus naturam ex» plicant, et justitiam probant. » Nomen à reservatione pensio» nis accipit. Antiquissimum ejus » exemplum habemus in *cap. 47.* » *Genesis*, ubi *sacer textus* com» memorat, Joseph Pharaonis no» mine prædi Ægyptiis dedisse » ea lege, ut quotannis fructuum » partem quintam Pharaoni per» solverent. Illum quoque proba» verunt, Dioclet. et Maxim. in » *l. ult. C. de rer. permut.* dum » donationem ea lege factam, ut » donatarius pensionem mens» truam seu annuam præstaret, » ratam esse respondent.

5 » Inter hunc autem censum » et emphyteuticum, quem uno » nomine appellare solemus em» phyteusim, nonnullæ observan» tur differentiæ, quas tradunt

Digitized by Google

APPENDIX

JURIS HISPANI.

DE CENSIBUS.

1, 2 et 3 *Unde veniat nomen* census; *et variæ ipsius acceptiones et species.*

4, 5, 6 et 7 *Qui sit census reservativus: differentiæ inter censum reservativum et emphyteusim, et de quo intelligenda*, l. 68. Tauri, *quæ pœnam commissi probat, et an census in dubio judicandus emphyteuticus vel reservativus.*

8 et 9 *Justitia census reservativi, ejusque species.*

10 et 11 *De natura census consignativi.*

12, 13 et 14 *Varias hujus species.*

15, 16 et 17 *De requisitis in censu, et præcipue de pretio.*

18 *De pretio census emphyteutici.*

19 *De pensione.*

20 *De re, quæ censui subjicitur, et an in ea hipotheca; aut jus aliud constituatur, usque ad num. 26.*

26 et 27 *Quid dicendum quando pars duntaxat rei parierit.*

28 *Res debent esse frugiferæ et immobiles.*

29, 30, 31, 32 et 33. *De pactis, quæ contractui census adjici solent.*

34 *De modis quibus census extinguuntur late, usque ad num. 43.*

43, 44 et 45 *De debitorio, deque* l. 5. C. de act. empt. et vend.

46, 47 et 48 *De obligatione manifestandi census rebus impositos.*

1 »Census dictus est à *censeo* »quatenus hoc verbum significat »recensere, describere, aut æs»timare: qua origine atenta et »de personis prædicatur, et de »rebus, ut sit: *Descriptio per»sonarum, seu descriptio et æs»timatio bonorum quæ in homi»num patrimoniis sunt, ut Prin»cipi præstentur tributa, et cæ»tera quæ ipsi debentur*: hocque sensu capitur in *titulis Pand.* »*et C. de censib.* Hinc dictum »*censum agere*, pro nomina et fa»cultates singulorum civium re»censere; indeque appellati *cen»sores* seu *Censitores* qui id per»agebant, ut patet ex Varrone *lib.* »*4. de ling. lat.* et Fest. *lib. 3.* quos

» refert et sequitur Hotoman. in » *Magist. Roman. descript. verbo Censores*, et ex illo Cicero» ronis, *lib. 3. de legibus*: *Cen»sores populi ævitates, soboles »familias pecuniasque censento.*

2 »Nonnunquam sumitur e»tiam verbum *census* ad significandum ipsum tributum, ut »in *l. 2. C. sin. cens. et reliq.* »*l. 8. tit. 22. P. 1.* ibi: *Censo*, »ó *tributo*, et in illo Matthæi »Apost. *cap. 22. vers. 17.* ¿*licet »censum dare Cæsari an non?* »ut recte notarum Felician. *de »cens. in proæm. n. 6.* Covarr. »*3. var. cap. 7. n. 11.* et Molina »*de just. et jure tract. 2. disput. 371. Atque inde capite »censi* seu *censiti* dicebantur illi, qui nullo, aut perquam »parvo ære censebantur, quoniam in his solum capiti cen»sus seu tributum imponebatur. »Sumitur etiam *census* pro quocumque onere alicui imposito; et »quoad præstationem pro omni »eo quod alicui in singulos an»nos præstatur ratione subjectio»nis, fundationis, seu alterius »justæ causæ: de quibus accep»tionibus videri poterunt Molina *ubi supra*, et late agens »Avend. *de censib. cap. 2.*

3 »In nulla tamen harum »significationum nobis hoc loco »sermo est de censibus: sed de »eis duntaxat quatenus sunt: *Jus »percipiendi annuum reditum seu »pensionem procedens è translatione dominii rei alicujus seu »quantitatis certo modo factæ »in eum, qui præstat reditum.* »Ita definiti relatione ad eum »cui debentur facta, in triplici »sunt differentia, ut alii dicantur *census emphyteutici*, alii *re»servativi*, et *consignativi* alteri. Et quia de emphyteuticis »locuti jam sumus in *Inst. §. 3. »de locat. et conduct.* cæteri erunt »*hujus Appendicis* argumentum »præcipuum.

4 »Census itaque reservativus seu retentivus contingit: »*Cum quis alteri rem immobilem dat transferendo in eum »omne sive dominium directum, et utile, reservata sibi »annua pensione in fructibus, »vel pecunia solvenda à censuario, qui rem accipit*, Cenc. »*de censib. quæst. 1. n. 5.* Felician. *de censib. lib. 1. cap. 4. »num. 15.* et Avend. *ubi supra »cap. 13. num. 2.* laudans plurimos, qui ita ejus naturam explicant, et justitiam probant. »Nomen à reservatione pensionis accipit. Antiquissimum ejus »exemplum habemus in *cap. 47. »Genesis*, ubi *sacer textus* commemorat, Joseph Pharaonis nomine prædi Ægyptiis dedisse »ea lege, ut quotannis fructuum »partem quintam Pharaoni persolverent. Illum quoque probaverunt, Dioclet. et Maxim. in »*l. ult. C. de rer. permut.* dum »donationem ea lege factam, ut »donatarius pensionem menstruam seu annuam præstaret, »ratam esse respondent.

5 »Inter hunc autem censum »et emphyteuticum, quem uno »nomine appellare solemus emphyteusim, nonnullæ observantur differentiæ, quas tradunt

» Molina *d. disp. 381. à v. Dif-*
» *fert*, Covar. *d. cap. 7. num. 1.*
» Felician. *ubi sup. à n. 11.* alii-
» que, prima nempe: quod per
» censum transfertur utrumque
» dominium directum et utile in
» censuarium: in emphyteusi uti-
» le duntaxat in emphyteutam,
» directo penes concedentem re-
» manente, qui idcirco dominus
» directus appellatur. Hanc diffe-
» rentiam clavem totius materiæ
» esse ad cognoscendam utriusque
» naturam, et ab omnibus ut ta-
» lem designari, dixit Avend. *de*
» *censib. cap. 13. num. 3.* Atque
» hinc dici solet, nos censum sol-
» vere de re nostra, pensionem
» vero emphyteuticam de re alie-
» na, quia scilicet res unde em-
» phyteuta pensionem solvit, ad
» alium quoad dominium direc-
» tum spectat.

6 » Differt secundo emphy-
» teusis à censu; quia si pensio ab
» emphyteuta biennio; aut trien-
» nio non solvatur, res in com-
» missum incidit, id est, domi-
» nium ejus utile ad dominum di-
» rectum redit, ut vidimus in *d.*
» *§. 3. de locat. et conduct.* quod
» contra evenit in censu, etsi mil-
» le annis non solvatur, ut alios
» laudans ait Covarr. *d. num. 1.*
» et com. DD. ut res sit extra om-
» nem controversiam. Cæterum
» si in constituendo hoc censu re-
» servativo, lex pactum, seu con-
» ditio apponatur, quod census
» debitore illum intra certum tem-
» pus non solvente, res in com-
» missum incidat, valida erit pac-
» tio. De hoc enim censu exau-
» dienda est *l. 1. tit. 15. lib. 5.*
» *Recop.* (*68. Tauri*) quæ hanc
» pactionem probat, ut eam in-
» tellexit Molina *d. disp. 381. v.*
» *Dubium*, et late probat Avend.
» *ubi sup. cap. 90. num. 4.* Hanc-
» que interpretationem praxi et
» usu tribunalium receptam tes-
» tantur Doctores ipsi, qui ver-
» ba *d. l. 1.* solum censui consig-
» nativo convenire contendunt,
» ut inter alios sunt Covarr. *d.*
» *cap. 7. num. 1.* & latissime Gu-
» tierr. *de juram. confirm. part. 1.*
» *cap. 31. n. 10. et pract. quæst.*
» *lib. 2. quæst. 168.* qui ulterius
» asserere non dubitat pœnam
» commissi in censu consignativo
» injustam esse et iniquam; atque
» idcirco *d. l. 1.* rigidissimum ap-
» pellat, proindeque nec usitatam,
» nec executione tradendam Go-
» mez in *dict. l. 68. Tauri*, eam
» de omni censu intelligit: Lu-
» dov. vero Mexia in *l. Regia To-*
» *leti* de los terminos, *fundam. 2.*
» *part. 2. à num. 35.* de censo
» emphyteutico: quam interpreta-
» tionem veram dicit Avend. in
» *d. cap. 90. num. 2.* eamque ab
» oppositis vindicat. Itaque in
» sententia hujus Doctoris, quam
» praxis meritò probavit, intelli-
» genda est laudata *lex 1.* et de
» censu emphyteutico, et de re-
» servativo, et neutiquam de con-
» signativo, maxime si redimibi-
» lis hic fuerit, ut regulare est.
» Ratio autem admittendi in cen-
» su reservativo prædictam pactio-
» nem ea est, quam tradunt Mo-
» lina et communiter Doctores in
» *locis laudatis*: quia nempe, cum
» in eo res concedatur quoad do-
» minium utile et directum, re-

Digitized by Google

» servata annua pensione, potest » juste qui remita concedit, non » aliter velle eam concedere, quam » sub eo pacto et conditione, ut » si pensio intra certum tempus » non solvatur, res quoad utrum- » que dominium ad ipsum redeat: » non secus ac ita potest juste » velle, et vult in dominio utili » qui rem in emphyteusim con- » cedit. Et observandum lauda- » tam, *l. 1.* probare pactionem de » commissi pœna etiamsi magna » sit, ita ut dimidium excedat, » ibi: *Se guarde el contrato, y » se juzgue por él, puesto que » la pena sea grande, y mas » de la mitad*: quod late expli- » cat Avend. *de censib. cap. 91.*

7 » Tertio differunt emphy- » teusis et census reservativus, » quia emphyteuta non potest » vendere rem emphyteuticam ir- » requisito domino directo, alio- » quin cadet in commissum; et » præterea tenetur ex pretio lau- » demium solvere ipsi domino: » quod utrumque aliter se habet » in debitore census, Molina *dict.* » *disput. 381. v. Tertio*, et omnes » de hac re agentes. Licet autem » hæ tres differentiæ certas omni- » no sint; dubitatur nonnumquam » an contractus censualis emphy- » teuticus sit, vel censualis in spe- » cie. Dum hoc contigerit, deci- » denda erit quæstio ex diligenti » circumstantiarum observatione, » atque in ea potius attendenda » natura, et substantia contrac- » tus, quam verba, quæ passim à » Tabellionibus propter eorum im- » peritiam confunduntur, ut mo- » net Avend. *ubi sup. cap. 13. n. 6.* » Covarr. *3. var. cap. 11. n. 5.* » Molina *disp. 383. v. Contractus.* » Si autem ex circumstantiis id » elici non possit, potius censua- » lis quam emphyteuticus judican- » dus, sive privatus fuerit qui » rem censui tradidit, sive Eccle- » sia, Molina *ubi sup.* Covarr. *d.* » *cap. 7. num. 1.* alios laudantes. » Ratio est: quia in dubio melior » est conditio possidentis rem, » cum de gravando eo agatur, » neque plus gravaminis ipsi in- » jugendum, quam verisimiliter » eum habere constet.

8 » Hujus census reservativi » justitia notissima est: quia cum » censuarius dominium rei acqui- » rat nullo soluto pretio præter » annuam pensionem veteri do- » mino solvendam, justum est, » ut hanc pensionem ei solvat, ut » inter eos æqualitas justitiæ com- » mutativæ servetur, Avend. *d.* » *cap. 13. n. 10.* Creari autem, » seu constitui potest hic census, » nedum conventione, sed etiam » testamento: ut putà si testator » aliqui legaverit rem immobilem » fructiferam cum reservatione an- » nuæ pensionis hæredibus, aut » alteri solvendæ, idem Avend. » in *dic. tract. de censib. cap. 3.*

9 » Poteritque etiam consti- » tui sive perpetuus, sive redi- » mibilis, seu ad vitam, cum » nulla ratio, quæ id impedire » queat, appareat. Si autem sim- » pliciter constitutus fuerit, ut » de mente constituentis dubite- » tur, potius perpetuus, quam » redimibilis censendus: tum quia » ex sua natura perpetuus et ir- » redimibilis est, ut notant Fe-

Digitized by Google

» lician. *de censib. tom. 2. lib. 1.* » *cap. 10. n. 8. vers. Denique*, » et Molina *de justitia et jure* » *tract. 2. disp. 382. vers. Secundus*: tunc etiam quia vetus » rei dominus reservando sibi » pensionem, retinet jus eam percipiendi, quod cum in locum » dominii quod habebat, succedat, perpetuum est, sicut » ipsum dominium erat; qua » aliisque rationibus hanc sententiam sustinent Avend. *d. tract.* » *cap. 14.* et Covarr. *lib. 3. cap.* » *10. n. 5.* ubi etiam asserit, censum in dubio potius reservativum quam consignativum existimandum; nonnullasque exceptiones adducit ex conjecturis » procedentes, quas Judicem diligenter examinare debere, monet. Cæterum Vela *dissert. 33.* » *num. 70.* tuetur in dubio censum non reservativum sed consignativum judicendum, et potius redimibilem quam irredimibilem: quia consignativus » redimibilis et frequentior est, » et debitori levior: quod non » displicet, quia favorabiliores » sunt partes debitoris seu rei » quam actoris, *l. favorabiliores* » *125. de div. reg. jur.*

10 » Alter census, qui exponendus restat, et frequentissimus est, *consignativus* dicitur, quia nempe consignatur, » constituitur seu exhibetur in rebus ejus qui illum concedit, manente earundem rerum dominio tam utili quam directo in » ipsomet concedente, et nonnunquam in ipsa constituentis » persona consignatur: quod an » jure fiat acriter Doctores disputant, ut mox videbimus. Regulare est, ut pro pretio certo » in pecunia numerata constituatur et tunc vera emptio venditio erit. Potest tamen ex se, » nulla scilicet lege prohibente, » aliis titulis concedi, ut permutatione, donatione, in compensationem vel tributionem operarum obsequiorumve, aut ultima voluntate, et pro tituli » ratione variam naturam sortietur. Nos autem de contracto » per emptionem loquemur, nedum quia frequentissimus est; » sed etiam quia et eo explicato, » facile intelligetur quid dicendum sit de censibus alio titulo » comparatis.

11 » His præhabitis, censum » consignativum, quem plures » constitutiones Pontificiæ, leges» que nostræ probant, definimus. » ut sit: *Emptio qua quis, dato* » *certo pretio super bona alterius immobilia, certa pecunia* » *emit jus accipiendi annuum,* » *menstruum aut alium similem* » *reditum seu pensionem, manente venditore reditus domino* » *rei, ut antea erat.* Dicimus » *dato certo pretio*, quia census » non perficitur sola conventione, ut emptiones cæteræ, sed » ad sui perfectionem numerationem requirit sive veram, sive » fictam, ut docet Vela *dissert. 34. num. 37.* In vitalitio » tamen veram exigit *l. 8. tit. 15.* » *lib. 6. Recop.* idem Vela *dissert. 36. à n. 37.* In hoc censu, ut ostendit etiam definitio, » emitur jus percipiendi reditum

Digitized by Google

» seu pensionem, non vero ipsa » pensio seu reditus, ut probant » Covarr. 3. *var. cap.* 7. *num.* 2. » Avend. *de censib. cap.* 17. *n.* 20. » et *passim* Doctores. Unde li» cet iste soleat constitui in pe» cunia numerata, non proinde » dicendum pecuniam pro pecu» nia dari, huncque contractum » non esse emptionem. Nec obs» tat quod dicere solemus, emi » annuos reditus, census, seu » pensiones; quia hæc, similiæque » nomina frecuenter duplici sensu » sumuntur. Primo modo mate» rialiter pro rebus ipsis quæ » quotannis aut aliis statutis tem» poribus solvuntur: altero pro » jure res easdem exigendi et per» cipiendi; atque in hac accep» tione merx sunt in contractu » census, Covarr. 3. *variar. cap.* » 7. *num.* 2. Molina *d. disput.* » 383. *vers. Ex dictis.*

12 » Dividitur census iste ex » parte rei quæ solvitur in pe» cuniarium qui solvitur in pe» cunia numerata, et in fructua» rium qui in fructibus terræ, tri» tico, vino, oleo et similibus. » Cæterum in nostra Hispania *l.* » 4. *tit.* 15. *lib.* 5. *Recop.* ex» presse prohibet censum hunc » redimibilem, cujus pensio in » alia re quam pecunia solvatur: » de quo postea ex professo. Ra» tione vero temporis partitur in » eum, cujus pensio solvenda est » quotannis, in singulos menses, » vel aliis statutis temporibus. Et » demum ratione durationis in » perpetuum et temporalem: quæ » duæ species subdividuntur; per» petuus nempe in irredimibilem, » qui simpliciter perpetuus est, » soletque à nostratibus ita voca» ri, et in redimibilem, qui fit » cum pacto de revendendo, et » *censo al quitar* in nostra His» pania dicitur: quippe perpe» tuus nihilominus recte appella» tur, cum non finiatur tempo» re, ut probant Vela *dissert.* 33. » *num.* 51. et Cenc. *de censib.* » *quæst.* 2. In *lege* tamen. 7. *d.* » *tit.* 15. *lib.* 5. *Recop.* perpetuo » opponitur: quod et apud Doc» tores frequens. Temporalis sub» dividitur in eum qui certum an» norum numerum durat, ut si » constituatur ad 10. 20. vel 30. » annos, et in eum qui in in» certum annorum numerum con» fertur, qualis est qui ad vi» tam ementis, vendentis, vel al» terius constituitur, et *vitali» tius* idcirco solet apellari. Ani» madvertendum autem, hunc » vitalitium censum adeo esse a» nomalum, ut si juxta cætero» rum regulas eum examinare vo» lueris, esse proprie censum ne» gares. Per eum etenim perpe» tuo alienando sortem seu pre» tium absque ulla spe illud re» cuperandi, emimus jus exigen» di annuam pensionem, nulla » habita ratione neque rei ullius, » neque industriæ seu operarum » personæ unde solvenda sit, sed » solius vitæ ejus ad quam fuit » constitutus; qua finita cen» sus extinguitur, et nullo alio » modo unde ab ea sola regi» tur et pendet: et in constituen» do, et in conservando. Quæ om» nia et quod huic censui ta» xatum sit minus pretium seu

» major pensio, ut videbimus, » *num.* 16. licita evadunt, quia » dies mortis incertus, Salg. in » *Labyr. part.* 1. *cap.* 20. Co» varr. *lib.* 3. *var. cap.* 7. *n.* 3. » Felician. *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 19. » Vela *dissert.* 35. *n.* 57. et la» tius *dissert.* 36. *à n.* 42. Omnes » hæc divisiones locum etiam ha» bent in censo reservativo. Vi» de Molinam pulchre et solide » examinantem omnes census con» signativi species, quas retuli» mus in *d. tract.* 2. *disp.* 383. » *usque ad disp.* 389.

13 » Molina ipse in *d. dis» put.* 383. aliam divisionem cen» sus consignativi tradit in per» sonalem et realem: personalem » appellans eum, qui in persona » collocatur, quia in re ulla vel » ex ulla debeatur. At hæc di» visio suspecta est, negantibus » posse censum in persona crea» ri, plurimis quos laudant et se» quuntur Faria ad Covarr. 3. *va» riar. cap.* 7. *n.* 27. Vela *dis» sert.* 25. *nn.* 27. *et* 102. cum » *quinque seqq. aliisque*, Avend. » *de censib. cap.* 58. ubi latissi» me suam sententiam, quam » veram putamus, firmat, et sex» decim objectionibus in contra» rium adductis è Feliciano, Co» varr. aliisque qui contrariam » tuentur, satisfacit. Quin et ipsi » Molinæ sat displicet, ut patet » ex ejus *disp.* 387. ubi difficil» limum putat posse hujusmodi » censum sustineri. Nec dicas cum » Addentibus ad Bibliothecam Lu» cii Ferraris in *verbo Census*, et » Martinez in *opere cui titulus* » Librería de Jueces *tom.* 7. *lib.* 5. » *tit.* 15. *num.* 220. probatos ho» die esse census personales per » *regiam constitutionem* latam » die 10. Julii an. 1764. ad con» sultationem quinque cœtuum » (*gremios*) majorum Matriti: » quia inibi duntaxat probantur » contractus in quibus aliqui, præ» sertimque viduæ, aliæque per» sonæ negotiationi ineptæ pecu» nias suas mercatoribus tradunt » ad certum tempus, ut eis ne» gotientur, sub usura trium aut » duorum cum dimidio pro cen» tum; contractus autem isti cen» sum non constituunt, sed quam» dam societatis speciem, in qua » contrahentes ita partiuntur lu» crum quod ex negotiatione spe» rant, ut reliquum percipiente » mercatore, is qui pecunias tra» didit certam tantummodo par» tem ferat, et certo quidem, sub » taxatione tamen ita modica, ut » lucro regulari longe sit minor: » atque inde æquitas conventio» nis. Animadvertimus autem, » quod dum censum personalem » improbamus, excipimus vitali» tium, secundum ea quæ dixi» mus *num.* 12.

14 » Et tandem sciendum est » quosdam census in Hispania » nosci, quos peculiari nomine » appellamus *Juros*, reditus nem» pe quos Rex alicui concedit » in compensationem obsequio» rum, meritorumve, aut certo » pretio, super salinis aliisve ju» ribus vel rebus. Qui proprie » census consignativi, sunt, cons» tituti non à privatis ut cæteri, » sed à Rege, ut evincunt, *l.* 6. » 12. *et* 13. *tit.* 15. *lib.* 5. *Re-*

Digitized by Google

» *cop.* Unde quæcumque statuta » sunt de censibus consignativis » locum habent in illis: hoc so» lum discrimine, quod in eo» rum venditionibus non debean» tur gaballæ, ut quando reliqui » venduntur: quæ omnia late » probat Larrea *alleg.* 23. Quam» vis autem hæc certa sint et cla» ra; tamen quia *l. penult. d.* » *tit.* 15. quæ anno 1705. in cen» sibus consignativis redimibili» bus pretium auxit seu pensio» nem minuit, ut trademus *infra* » *n.* 16. non expressit *Juros*, ut » laudatæ anteriores in idem ten» dentes expresserant, pensionis » diminutio in *d. l. pen.* stabilita » non servabatur in eis, opusque » fuit ut ann. 1727. in ipsis præ» ciperetur *senat.* 6. *tit.* 15. *lib.* 5. » et quidem ratione addita, quia » census sunt, ibi: *I arreglada* » *su constitucion i la paga á los* » *censos por serlo.*

15 » In hoc census tria potis» simum attendenda, sors seu » pretium quo emitur seu consti» tuitur (*capital* dicere solemus), » pensio aut reditus qui solvitur, » et res in qua constituitur et ex » qua pensio solvenda. In pretio » famosus *Motus Proprius Pii V.* » *de creand. censib.* editus anno » 1569. inter alia expresse exigit, » ut in pecunia numerata consis» tat: quare in locis ubi viget » de eo dubitare non licet. Cæ» terum cum in nostra Hispania » non sit receptus, ceu patet ex » *l.* 10. *tit.* 15. *lib.* 5. *Recopil.* » huic quæstioni apud nos locus » est: quæ plures hinc inde pro» pugnatores habet. Eam late tra» ctat Avend. *ubi sup. cap.* 37. » multisque probare contendit ne» cessarium non esse ut consistat » in nummis pretium census. No» bis tamen contraria sententia et » æquior et legibus nostris magis » consona videtur: tum quia ita » fraudibus, alioquin in hoc con» tractu frequentissimis præcludi» tur aditus: tum etiam quia » cum hac eadem ratione id ex» presse statuat in censu vitalitio » *l.* 8. *d. tit.* 15. existimare licet » Legislatores nostros animum in» tendisse ad fraudes ab omni » census genere longe ablegan» das; atque enunciatum de vi» talitio *d. l.* 8. ad cæteras spe» cies porrigere voluisse. Præte» rea fundamenta, quæ pro nos» tra sententia memorat Avend. » *d. cap.* 37. maximi sunt pon» deris, eisque non plene satisfa» cit. Cui adde dictum Feliciani » *lib.* 1. *de censib. cap.* 4. *num.* » 10. ajentis, quotidie apud nos » in Regio supremo Concilio res» cindi (id est nullos declarari) » contractus census in quibus lo» co pecuniæ, species interveneo» rit: et frequentissime se vidisse » ita observatum et obtentum in » Curia Complutensi. Excipe ta» men eos census qui *Juros* di» cuntur, ob nullum fraudis pe» riculum: de quibus locuti su» mus *sup. num.* 14. Non tamen » erit necesse ut in census crea» tione vera pecuniæ numeratæ » traditio interveniat, sed ficta » sufficiat. Poterit itaque per fic» tionem brevis manus census cons» titui statuto pretio in debi» to certo et liquido, ad cujus

»solutionem census venditor sta»tim cogi poterat, ut id bene »probat Avend. *cap. 38.* osten»dens id utile esse ipsi vendito»ri. Huc pertinent ea quæ ad »*l. curabit 5. C. de action. empt.* »*et vend.* dicimus *infra nn. 43.* »et *44.* In censibus quos testator »rebus suis imposuerit, eorum »reditus alicui legans, huic quæs»tioni locus non est, nullum pre»tium legatario tradente. Idem»que dicendum de constitutis per »donationem.

16 »Requiritur quoque in »pretio ut justum sit, id est, ut »quantitas ejus pensioni solven»dæ ex æquo respondeat justam »cum eo proportionem habens. »Hæc autem proportio varie »æstimata est pro temporum et »regnorum varietate, ut docent »Covarr. *var. 3. cap. 9.* Avend. »*ubi sup. cap. 32.* et commun. »DD. In nostra Hispania taxata »fuit anno 1563. in censu redi»mibili, ad rationem 14. pro 1. »*l. 6. tit. 15. lib. 5. Recop.* pos»tea anno 1608. ad 20. pro 1. »*l. 12. eod.* et demum anno 1705. »in Regnis Castellæ et Legionis, »et 1750. in eis, quæ ad Coro»nam Aragoniæ, ut loquuntur, »pertinent, ad 33. cum tertio »pro 1. seu 100. pro 3. *l. pen.* »et *l. ult. eod.* Quæ taxationes »etiam census ipsis antiquiores »respexerunt, ceu patet ex *lau»datis ll.* et *l. 13. eod.* in qui»bus etiam legibus pœna amis»sionis officii plectendos Nota»rios, qui de his censibus mino»re pretio constituendis instru»mentum confecerint. In censu »vitalitio eadem ratione taxatum »fuit pretium primo, anno 1583. »*l. 8. eod.* et deinde anno 1608. »*d. l. 12.* In prima taxatione »pretium census per unam dun»taxat vitam duraturi ad ratio»nem 7. pro 1. pertingere debet, »et ad rationem 8. pro 1. illius »pretium, qui ad duas vitas pro»tendebatur; majorque extensio »prorsus vetita. In secunda ve»ro pretii quantitates auctæ sunt »è 7. usque ad 10. et ex 8. us»que ad 12.

17 »Pretium denique census »perpetui irredimibilis designa»tum non habemus, multisque »etiam varietatibus pro diversi»tate temporum, et Provincia»rum obnoxium est. Quoniam »vero census iste multo gravior »est venditori, quam census re»dimibilis, quia in eo non ha»bet utilem redimendi facultatem; quæ in redimibili pars »pretii censetur, ut cætera pac»ta, quæ in favorem vendito»ris adjiciuntur, *l. fundi 79. de* »*contr. empt.* in confesso apud »omnes est, majus in illo esse »debere pretium, quam in redi»mibili. Hoc augmentum, ut ait »Covarr. 3. *var. cap. 10. n. 1.* »non temere faciendum, sed ar»bitrio boni viri, rectique ac dis»creti moderatoris. Ex iis autem »quæ *ibidem* tradit ipse, et Mo»lina *d. tract. de justitia et jur.* »*disp. 385. vers. Secundum*, di»cendum videtur, æquum esse, »ut pretium census irredimibilis »majus sit in tertia parte pre»tio redimibilis census. Additque »idem Molina non facile impro-

»bandum in unoquoque loco, »quod usu in hac re sit recep»tum: quæ etiam est senten»tia Covarruv. 3. *var. cap.* 9. »*n.* 5. *vers. Ex quibus*, ajentis »ad justam horum censuum æsti»mationem necessario observan»dam Provinciæ consuetudinem, »ipsamque communem hominum »æstimationem, quæ cujuslibet »rei justum pretium definire so»let, *l. pretia* 63. *ad leg. Aquil.* »Et sane in hoc Valentino Reg»no pretium hujus census, quem »*muerto* appellamus, duplo ma»jus est, quam erat census redi»mibilis pretium, antequam hoc »auctum fuerit annis 1705. et »1750. Bas in *Theatr. jurisprud.* »*cap.* 30. *num.* 52.

18 »Sed et recte quoque *ibi»dem* notat ipse Molina, longe »majus pretium constituendum in »emphyteusi seu censu emphy»teutico; quia præterquam quod »ille cui pensio seu canon solvi»tur, dominium directum rei em»phyteuticæ habet, pertinent ad »eum laudemium cæteraque pre»tiosa jura emphyteutica. Nec »inutilis est hæc admonitio: quia »licet in regulari emphyteusis »constitutione, dum scilicet ali»quis rem suam in emphyteusim »concedit, nulla fiat pretii men»tio; ita tamen constitui potest, »ut pretii constitutio et expres»sio necessaria sit, ut putà si »quis fundi sui dominium direc»tum alteri vendat, reservato si»bi dominio utili, constituensque »se illius emphyteutam. Qui»nimo et in omni emphyteusi »habenda est ratio pretii, quod »respondeat juribus dominii di»recti, quando nempe res em»phyteutica alienatur, quoniam »hujus rei valorem minuit, et »de reliquo duntaxat laudemium »solvitur, Bas *dict. cap.* 30. »*n.* 141. In hoc Valentino Reg»no moris est, ut duplo majus »æstimetur quam pretium quod »census redimibilis habuit ante »annos 1705. et 1750. quibus »conditæ fuerunt *ll. pen.* et *ult.* »*tit.* 15. *lib.* 5. *Recop.* quas lau»davimus *supra n.* 16. ad ratio»nem scilicet 40. pro 1. (quod »proinde *doble march*, vernacu»lo idiomate, seu *capital* appel»lamus) ut idem sit pretium cen»sus emphyteutici quam consig»nativi irredimibilis: quod mi»randum. Cum autem ex iis quæ »hactenus diximus manifesto li»queat, æquum esse, ut duplo »majus sit quam pretium census »consignativi redimibilis; imo »et longe etiam majus pretio »census consignativi irredimibilis, »ratio æquitatis et justitiæ postu»lat, ut aucto per *dd. ll.* pretio »census redimibilis ad 100. pro 3. »augeatur quoque pretium em»phyteusis ad 200. pro 3. ut de »emphyteusi, cui domus et areæ »Matriti obnoxiæ sunt constitu»tum est *senat.* edito anno 1770. »quo etiam conceditur emphy»teutis illarum facultas emphy»teusim extinguendi, solvendo »domino directo pretium ad ra»tionem 200. pro 3. Laudabilis »sane facultas, digna ut ad om»nes emphyteuses extenderetur; »quia earum multitudo jura com»merciorum turbat. Et tandem

„quantitas pretii in censu reser„vativo, cujus quoque ratio ha„benda dum res in qua est col„locatus, venditur seu permuta„tur, eadem est, quæ in consig„nativo, cum nulla ratio consti„tuendæ differentiæ appareat.

19 „Quod attinet ad annuum „reditum seu pensionem census „consignativi redimibilis, neces„sario solvendum esse in pecunia „numerata expresse statuit *l. 4. „d. tit. 15. lib. 5. Recop.* con„dita anno 1534. Et cum in Gal„lætia aliisque Hispaniæ nostræ „Provinciis quæ in *l. 7. eod.* edi„ta anno 1573. memorantur, in „fraudem *d. l. 4.* plurimi census „constituti essent sub nomine „perpetuorum seu irredimibilium „in quibus pensio non in num„mis, sed in tritico, vino, ali„isve similibus foret solvenda, „statutum fuit, *eadem l. 7.* ut ni „omnes redimibiles censerentur, „eorumque regulis subjecti fo„rent: quare locum in illis ha„bet *laudata l. 4.* Quamvis au„tem hæc loquatur duntaxat de „censu redimibili, non imme„rito putat Azeved. eam ad cen„sus perpetuos seu irredimibiles „porrigendam: quia damna et „captiones quæ avertere conatur, „multo graviora sunt in censu „irredimibili. Et licet utilissima „sit Reipublicæ atque ita gene„ralis, ut census etiam ipsa ve„tustiores respexerit, tamen in „*l. ult. d. tit. 15. lib. 5. Recop.* „edita pro Corona Aragoniæ „ann. 1750. cujus meminimus „*supra nu. 16.* permissa vide„tur consuetudo solvendi pensio„nes in fructibus, ibi: *Que en „donde estuviere recibida la cos„tumbre de poder ajustar el ré„dito en granos, se regule la „paga de estos por reduccion de „la Real Pragmatica* (intelligis „*l. pen. eod.*) *sin exceso alguno.* „Quæ indulgentia locum reliquit „dubio, an reductio seu diminu„tio pensionis in *d. l. ult.* stabi„lita facienda sit in his censibus „habito duntaxat respectu ad „quantitatem fructuum, ut qui „solvebat 5. modios tritici, sol„vat 3. vel etiam habenda sit ra„tio pretii, quod plurimum mul„tis jam abhinc annis crevit. Cu„jus decisio pendet in Regio Cas„tellæ Senatu, instantibus Eccle„siis oppidorum *Benasal, Ad„zaneta*, aliorumque territorii „de *Morella* in hoc Valentiæ „Regno.

20 „Expositis iis quæ ad pre„tium et pensionem census spec„tant, reliquum est ut de sub„jecto seu re in qua collocatur, „loquamur. Eam rationem hy„pothecæ habere tenent Felician. „*de censib. tom. 2. lib. 1. cap. 1. „num. 5.* Covarr. *3. var. cap. 7. „à num. 5.* aliique plures quos re„fert. Avend. *de censib. cap. 23. „n. 9.* additque ipse Covarr. „hanc hypothecam quæ in cen„sus constitutione contrahitur, „non omnino sequi regulas cæ„terarum. Ait itaque imprimis „posse emptorem census conve„nire ad solutionem pensionum „possessorem rei censui subjectæ „qui eam comparavit, omisso eo „qui ipsam rem postquam cen„sum imposuit, alienavit. Deinde

» vult, ut si census fuerit collo-
» catus in tribus prædiis, exem-
» pli causa, quæ ad tres perve-
» nerint possessores, non possint
» singuli in solidum conveniri;
» sed tantum pro rata. Quæ duo
» aliter observantur in hypothe-
» cis regularibus: quia præter-
» quam quod actio hypothecaris
» non datur contra possessores
» hypothecarum, nisi excussione
» prius facta bonorum debitoris
» qui contraxit, juxta *l. 14. tit.*
» *13. P. 5. vers. E si*; et *authent.*
» Hoc si debitor *C. de pignor.*
» non secatur pro numero posses-
» sorum, sed individua est.

21 » Cæterum Molina in *d.*
» *tract. de just. et jur. disp. 383.*
» Avend. *d. cap. 23. num.* 10.
» plures laudans, et latissime Ve-
» la *dissertt. 34.* et 35. existimant
» census constitutionem se habere
» ad instra servitutis affinæ præ-
» dio in quo census est collo-
» catus. Quæ sententia verior et
» æquior est, eique optime ap-
» tantur census effecta, quæ usus
» probavit; ipsaque admissa nulla
» adest necessitas confingendi hy-
» pothecam irregularem: usu ta-
» men loquendi invaluit, ut res
» quæ censui subjicitur *hypotheca*
» appelletur. Dicimus ergo, cen-
» sum esse onus rei duntaxat cum
» ipsa in quemcumque possesso-
» rem transiens. Cui sententiæ
» hæc sunt consequentia. I. ut
» censum constituens seu impo-
» nens rei suæ, eatenus dunta-
» xat teneatur ad pensionem sol-
» vendam, quatenus rem possi-
» deat, aut ea evincatur. Unde
» actio quæ ad exigendas pen-
» siones creditori competit, ex
» earum ex genere, quæ in rem
» scriptæ dicuntur et in quem-
» cumque possessorem dantur, *l. 9.*
» §. *fin. quod metus causa*, Ve-
» la *dissert. 114. num. 38.* et 56.
» et *dissert. 34. num.* 54. Atque
» hinc pendet ratio cur re aliena-
» ta conveniatur possessor qui non
» contraxit cum creditore, quin
» beneficio ordinis seu excussionis
» uti queat; cum nullus alius de-
» bitor existat, ut *num.* 24. di-
» debimus.

22 » II. ut rei possessor ne-
» dum teneatur solvere pensio-
» nes annis suæ possessionis res-
» pondentes, sed et vetustiores
» quæ debeantur, ut de vectiga-
» libus eadem ratione rescripse-
» runt Antoninus et Verus, do-
» cente Papirio Justo in *l. 7. de*
» *publican. et vectig.* ibi: *In vec-*
» *tigalibus ipsa prædia, non per-*
» *sonas conveniri: et ideo pos-*
» *sessores etiam præteriti tem-*
» *poris vectigal solvere debere.*
» Cæterum si has deberi igno-
» rans rem comparaverit, pro eis
» actionem ex empto in vendi-
» torem habebit, *d. l. 7.* in qua
» mendose legitur *exemplo* pro
» *ex empto*, ut Cujac. 1. *ob-*
» *serv. 5.* et in *l. 36. de jur. fisc.*
» et alii *passim* notant. Molina
» late id explicans in *d. tract. 2.*
» *de just. et jur. disput. 534.*
» *vers. ult.* ait, pensiones vetus-
» tiores alienatione rei, indiffe-
» renter exigi posse vel à poste-
» riori possessore qui illas debet
» ratione rei possessæ, cujus est
» effectus dominus; vel à priori
» qui easdem adhuc debet ra-

Digitized by Google

»tione temporis elapsi in quo »eas solvere tenebatur, quatenus tunc rem ipsam possidebat fructus ejus percipiens; ita »tamen, ut si posterior possessor eas solvat, recursum habeat contra priorem: quod »aequitati et naturae census optime quadrat, ut consideranti »patebit. Animadvertendum autem est, constitutum fuisse ab »Impp. Valeriano et Valente in »*l. 1. C. Theod. de fisci debitor.* »et à Justiniano confirmatum in »*C. suo in legibus 7. de censib. et* »*censitor. 6. de fide et jure hastae fisc.* et 11. *de omn. agr.* »*deserto, aliisque*, ut ab eis, »qui praedia tributaria ab ipso »Principe emerint, duntaxat tributa posceantur ex eo tempore »quo coeperint possidere. Constitutionis ratio traditur in *d.* »*l. 1.* ut scilicet fiscus facilius »emptores inveniat. An vero constitutio ista locum habeat in »omnibus venditionibus horum »praediorum quae à principe fiunt; »an illis tantum quae certa lege »celebrantur, difficilis est quaestio nostrae Appendicis metas longissime excedens: de qua adiri possunt Jacob. Goth. in *d.* »*l. 1. C. Theod.* et Cujac. in »*l. 36. de jur. fisc.* Amaya in »*lib. 10. C. tit. 16. ll. 1.* et 2.

23 »III. ut vera sit sententia Covarr. relata *sup. n. 21.* »*vers. Deinde*, quam etiam probat Vela *dissert. 34. num. 63.* »caeterum fatemur cum ipso Covarr. *d. cap. 7. n. 7.* contrariam in hoc esse praxim ex »forsitan inductam ratione, quod »actio quae creditori tribuitur »hypothecaria asse putatur, quae »utique non secatur pro diversitate seu multitudine possessorum, sed individua est; cum »tamen non hypothecaria, sed »in rem scripta sit, ut modo »diximus. Tempera tamen hanc »sententiam per ea quae *infra* »*num. 26.* et *seqq.* dicemus, ut »locum non habeat eo casu quo »quis tantam rei partem possideat, ut ea tot fructus quot »ad integram pensionis solutionem sufficiant, ferre possit: tunc »etenim in solidum conveniri poterit: regressum tamen pro rata »in caeteros possessores habebit »per actionem negotiorum gestorum.

24 »IV. ut perempta re in »qua collocatus fuit census, et »ipse census pereat; quamadmodum praedio serviente perente extinguitur servitus, ut »late probant Avend. *d. tract.* »*de cens. cap. 60.* et Leotard. »*de usur. quaest. 57.* ubi et quando reviviscat tractat: quod evincit etiam natura census si »examinetur attente: quia venditio census nihil est aliud quam »venditio pro indiviso partis juris praedii in quo collocatur, »ut ait Molina *d. disp. 385.* »*vers. Contrarium*: perempta autem re perit pars juris in ea. »Praeterea, ut optime consideret Vela *dissert. 33.* à *n. 21.* »nullum fere esset emptoris census periculum, si pereunte re »super qua et ejus fructibus jus »annui redditus ipsi venditum est, »adhuc venditor census ad re-

Digitized by Google

» ditus solutionem teneretur: quod » et contra leges emptionum est, » et nimis foret iniquum, quia » satis est debitori census quod » ipse tanquam dominus sentiat » periculum extinctionis rei cen» sui suppositæ, quin ad reditus » solutionem obligatus maneat; ne » aliàs duplici damno oneretur, » et afficto addatur affictio. Tum » etiam, quia si huic periculo » amittendi jus, census emptor » adstrictus non esset, parum » distaret à mutuante sub uxoris » qui sortem mutuatam in omnem » eventum securam habet. Qui» bus rationibus meritò adducti » sunt Vela *d. dissert. 33. n. 51.* » et Cenc. *quæst. 54.* ut crede» rent, iniquum et illicitum es» se ut census generaliter super » omnibus constituentis bonis im» ponatur: quia nempe rarissime » evenire posset, ut census emp» tor periculum extinctionis ju» ris sui subiret. Quinimo si res » quæ censui subjicitur (non au» tem necesse est ut sit unica), » amplior esset fructusque longe » uberiores produceret quam qui » ad solvendam pensionem suffi» ciunt, putarem excessum arbi» trio Judicis corrigendum, ne » in idem absurdum res incidat, » et æqualitas, quæ inter con» trahentes adesse debet, deside» retur. Veram itaque censeo sen» tentiam ipsius Avend. *ubi sup.* » *cap. 59.* Sarmiento. *lib. 7. se*» *lect. cap. 1. num. 28.* aliorum» que existimantium; in census » constitutione nullam contrahi » obligationem personalem ex qua » constituens ejusve hæredes rem » censui suppositam non possi» dentes aut dimittere volentes, » ad pensionis solutionem cogi » valeant: etiamsi id inter contra» hentes fuerit actum: nam ad» huc inutiliter accederet perso» nalis obligatio sive cum hypo» theca sive sine illa, et pro non » scripta habenda foret: nisi hæc » obligatio casum duntaxat quo » res censui supposita evincatur, » respiceret: quo solo respectu » sustinebitur.

25 » Et sane hanc ipsam sen» tentiam æquitas et æqualitas » quæ inter contrahentes servan» da est, commendant; magis» que ei consona natura emptio» nis venditionis contractus, ad » quam census constitutio refer» tur: qui enim rem aliquam emit, » in eam solam jus nanciscitur, » quin ullum adversus vendito» rem regressum habeat, nisi res » ipsa evincatur. ¿Cur igitur plus » indulgendum census emptori? » ¿Cur emptioni census odiosæ et » ab usura non multum dissi» tæ, pinguior fructus tribuendus, » quam cæterarum rerum emptio» nibus, quæ hominibus utilissi» mæ et maxime necessariæ? Eam » tamen aliquantulum turbat re» cens *l. ult. tit. 15. lib. 5. Re*» *cop.* edita anno 1750. cujus me» minimus *num. 16.* dum tres spe» cies census consignativi memo» rat, ibi: *Reales, personales,* » *ó mixtos;* quibus verbis pro» bare videtur nedum census rei » impositos, queis obligatio per» sonalis accedit, verum etiam » qui in sola persona collocantur; » illi etenim sunt quos *mixtos* di»

Digitized by Google

»tione temporis elapsi in quo »eas solvere tenebatur, quate»nus tunc rem ipsam posside»bat fructus ejus percipiens; ita »tamen, ut si posterior posses»sor eas solvat, recursum ha»beat contra priorem: quod æ»quitati et naturæ census opti»me quadrat, ut consideranti »patebit. Animadvertendum au»tem est, constitutum fuisse ab »Imppp. Valeriano et Valente in »*l. 1. C. Theod. de fisci debitor.* »et à Justiniano confirmatum in »*C. suo in legibus 7. de censib. et* »*censitor. 6. de fide et jure has*»*tæ fisc.* et 11. *de omn. agr.* »*deserto, aliisque*, ut ab eis, »qui prædia tributaria ab ipse »Principe emerint, duntaxat tri»buta poscantur ex eo tempore »quo cœperint possidere. Cons»titutionis ratio traditur in *d.* »*l. 1.* ut scilicet fiscus facilius »emptores inveniat. An vero cons»titutio ista locum habeat in »omnibus venditionibus horum »prædiorum quæ à principe fiunt; »an illis tantum quæ certa lege »celebrantur, difficilis est quæs»tio nostræ Appendicis metas lon»gissime excedens: de qua adi»ri possunt Jacob. Goth. in *d.* »*l. 1. C. Theod.* et Cujac. in »*l. 36. de jur. fisc.* Amaya in »*lib. 10. C. tit. 16. ll. 1.* et 2.

23 »III. ut vera sit senten»tia Covarr. relata *sup. n. 21.* »*vers. Deinde*, quam etiam pro»bat Vela *dissert. 34. num. 63.* »cæterum fatemur cum ipso Co»varr. *d. cap. 7. n. 7.* contra»riam in hoc esse praxim ea »forsitam inductam ratione, quod »actio quæ creditori tribuitur »hypothecaria esse putatur, quæ »utique non secatur pro diver»sitate seu multitudine possesso»rum, sed individua est; cum »tamen non hypothecaria, sed »in rem scripta sit, ut modo »diximus. Tempera tamen hanc »sententiam per ea quæ *infra* »*num. 26.* et *seqq.* dicemus, ut »locum non habeat eo casu quo »quis tantam rei partem possi»deat, ut ea tot fructus quot »ad integram pensionis solutio»nem sufficiant, ferre possit: tunc »etenim in solidum conveniri po»terit: regressum tamen pro rata »in cæteros possessores habebit »per actionem negotiorum ges»torum.

24 »IV. ut perempta re in »qua collocatus fuit census, et »ipse census pereat; quæmad»modum prædio serviente per»eunte extinguitur servitus, ut »late probant Avend. *d. tract.* »*de cens. cap. 60.* et Leotard. »*de usur. quæst. 57.* ubi et quan»do reviviscat tractat: quod e»vincit etiam natura census si »examinetur attente: quia ven»ditio census nihil est aliud quam »venditio pro indiviso partis ju»ris prædii in quo collocatur, »ut ait Molina *d. disp. 385.* »*vers. Contrarium*: perempta au»tem re perit pars juris in ea. »Præterea, ut optime conside»rat Vela *dissert. 33.* à *n. 21.* »nullum fere esset emptoris cen»sus periculum, si pereunte re »super qua et ejus fructibus jus »annui redditus ipsi venditum est, »adhuc venditor census ad re-

Digitized by Google

» ditus solutionem teneretur: quod » et contra leges emptionum est, » et nimis foret iniquum, quia » satis est debitori census quod » ipse tanquam dominus sentiat » periculum extinctionis rei cen» sui suppositæ, quin ad reditus » solutionem obligatus maneat; ne » aliàs duplici damno oneretur, » et afficto addatur affictio. Tum » etiam, quia si huic periculo » amittendi jus, census emptor » adstrictus non esset, parum » distaret à mutuante sub uxoris » qui sortem mutuatam in omnem » eventum securam habet. Qui» bus rationibus meritò adducti » sunt Vela *d. dissert. 33. n. 51.* » et Cenc. *quæst. 54.* ut crede» rent, iniquum et illicitum es» se ut census generaliter super » omnibus constituentis bonis im» ponatur: quia nempe rarissime » evenire posset, ut census emp» tor periculum extinctionis ju» ris sui subiret. Quinimo si res » quæ censui subjicitur (non au» tem necesse est ut sit unica), » amplior esset fructusque longe » uberiores produceret quam qui » ad solvendam pensionem suffi» ciunt, putarem excessum arbi» trio Judicis corrigendum, ne » in idem absurdum res incidat, » et æqualitas, quæ inter con» trahentes adesse debet, deside» retur. Veram itaque censeo sen» tentiam ipsius Avend. *ubi sup.* » *cap. 59.* Sarmiento. *lib. 7. se*» *lect. cap. 1. num. 28.* aliorum» que existimantium, in census » constitutione nullam contrahi » obligationem personalem ex qua » constituens ejusve hæredes rem » censui suppositam non possi» dentes aut dimittere volentes, » ad pensionis solutionem cogi » valeant: etiamsi id inter contra» hentes fuerit actum: nam ad» huc inutiliter accederet perso» nalis obligatio sive cum hypo» theca sive sine illa, et pro non » scripta habenda foret: nisi hæc » obligatio casum duntaxat quo » res censui supposita evincatur, » respiceret: quo solo respectu » sustinebitur.

25 » Et sane hanc ipsam sen» tentiam æquitas et æqualitas » quæ inter contrahentes servan» da est, commendant; magis» que ei consona natura emptio» nis venditionis contractus, ad » quam census constitutio refer» tur: qui enim rem aliquam emit, » in eam solam jus nanciscitur, » quin ullum adversus vendito» rem regressum habeat, nisi res » ipsa evincatur. ¿Cur igitur plus » indulgendum census emptori? » ¿Cur emptioni census odiosæ et » ab usura non multum dissi» tæ, pinguior fructus tribuendus, » quam cæterarum rerum emptio» nibus, quæ hominibus utilissi» mæ et maxime necessariæ? Eam » tamen aliquantulum turbat re» cens *l. ult. tit. 15. lib. 5. Re*» *cop.* edita anno 1750. cujus me» minimus *num. 16.* dum tres spe» cies census consignativi memo» rat, ibi: *Reales, personales,* » *& mixtos;* quibus verbis pro» bare videtur nedum census rei » impositos, queis obligatio per» sonalis accedit, verum etiam » qui in sola persona collocantur; » illi etenim sunt quos *mixtos* di»

Digitized by Google

» cunt, et hi quos *personales.* » Sed non proinde rejiciendæ pro» tinus sunt sententiæ Avend. ne» gantis has duas census species » *ubi sup. laudatis capp.* 58. et » 59. quia responderi potest, Le» gislatorem in *d. l. ult.* solum » fuisse intentum in reducendis » omnibus omnino censibus con» signativis redimibilibus ad ra» tionem 100. pro 3. ita ut nul» lus alius fuerit scopus ejus: *cui* » inserviens, ne censuum domini » aliquem excipiendum disputa» rent eo prætextu quod mixtus » vel personalis esset, verba præ» dicta adjecit, eo duntaxat fi» ne, ut hanc interpretationem » penitus excluderet, non autem » probans census mixtos et per» sonales. Quæ exceptio utique » timeri potuisset, cum plurimi » DD. hos census admittant. Et » licet horum sententia longe mi» nus vera sit quam nostra, si at» tente examinetur; quia tamen » propugnatorum numero vincit, » causam fortasse Tabellionibus » id præbuit, ut justa eam instru» menta de censibus constituen» dis conficerent et etiam num » conficiant, alii ab aliis pecu» dum more ducti: de quo nihil » curandum per ea quæ diximus » *num.* 7. vel potius ambitio et » potentia emptorum has adjectio» nes pauperibus censuum vendi» toribus magis graves quam jus» tas, ab initio extorsit, et stilo » ansam dedit.

26 » An vero si non tota res » perierit, sed pars ejus duntaxat, » pereat census pro rata, etiam » in casu quo pars quæ superest » tot fructus, quot ad solvendam » pensionem sufficiant, ferre pos» sit, dificilis est quæstio. Mo» lina *disp.* 391. *clausula* 8. Vela » *dissert.* 33. *nn.* 37. et 38. et » Faria *in addit. ad* Covarr. 3. » *var. cap.* 7. *nn.* 35. et *seq.* alios » laudans sententiam affirmantem » tenent. Hujus sententiæ fun» damenta hæc sunt: I. quia » quæ dicuntur de tota re quoad » totam, dicuntur de parte quoad » partem, *l. quæ de tota* 76. *de* » *rei vindicat.* II. quia census ita » extensus est in re, ut totus sit » in tota, et pars in parte. III. » quia ita expressum est in *clau» sula* 8. *Motus Pii V.* ibi: *Pos» tremo census in futurum crean» dos, re in totum vel pro parte » perempta, aut infructuosa in to» tum vel pro parte effecta, vo» lumus ad ratam perire.* Ad » quem casum aliosve similes juris » antiqui declaratorios non vide» tur porrigenda supplicatio *dic» ti Motus*, de qua *l.* 10. *tit.* 15. » *lib.* 5. *Recop.* sed ad illos dun» taxat, in quibus citra jus com» mune quidquam in illo statu» tum est, ut docet Vela *d. dis» sert.* 33. à *num.* 18. et latissi» me *dissertt.* 35. et *seq.*

27 » Cæterum his non obstan» tibus verior est contraria quam » tuetur Leotard. *dict. quæst.* » 57. et Cenc. *quæst.* 100. qui » alios laudant, utì etiam *Rota* » *decisionem coram Cardīn. Mel» lino sub die* 30. *Octob. ann.* 1602. » Rationes quibus hæc sententia » nititur sunt hæ: I. quia census » constituitur simpliciter super to» ta re, et super qualibet ejus

„parte. II. quia cum per census „constitutionem super aliqua re „non vendatur res ipsa, nec do„minium ejus in emptorem cen„sus transferatur, sed tantum „jus exigendi certam pensionem „ex fructibus ipsius; rei pericu„lum et interitus seu destructio „ad debitorem qui dominus ma„net, pertinere duntaxat debet, „quando creditor totum suum „exigendi jus in parte quæ su„perest exercere potest. III. quia „cum totius ejusdem quantitatis „census posset de novo consti„tui in parte quæ superest, si „libera foret; incongruum esset „ut jam constitus integer non „perseveraret. IV. quia ipse cen„sus non consideratur termina„tive ad ipsam rem, sed re„lative ad ejus fructus, id est, „non habet tanquam terminum „seu extremum rem ipsam in se, „sed cum relatione ad fructus „quos producit: cui consequens, „ut si hi sufficiant ad pensionis „solutionem, nec pro parte qui„dem res dici queat extincta, „quoad censum. Quæ rationes „et hanc firmant sententiam, et „duo priora fundamenta alterius „solvunt. Sed neque urget ter„tium desumptum ex *clausula 8.* „*Motus Pii V.* qui illa *d. claus.* „verba: *volumus ad ratam per„ire*, intelligenda sunt de eo ca„su quo per partis interitum, al„tera quæ remanet pars fructus „qui ad pensionem solvendam „sufficiant, ferre nequeat, ut ea „intellexit Rota in *laudata de„cis*: quæ prima est inter vetus„tiores quas Cenc. *in suo de cen„sibus tractatu* collegit. Minus „obstant verba *legis 4. §. 2. de „censib.* quæ ab aliquibus con„trariæ sententiæ propugnatori„bus adducuntur, scilicet: *Qua„re etsi agri portio chasmate „perierit, debebit per censito„rem relevari.* quia ut monui„mus *num. 1.* census *ibi* sumitur „pro descriptione et æstimatione „bonorum: quæ æstimatio neces„se est ut decrescat, parte rei „destructa: *hic* pro jure exigen„di reditum, cui fructus suffi„ciunt. Animadvertendum ta„men in calce hujus quæstionis, „quod si census fuerit constitu„tus regia facultate, super duo„bus majoribus, uno ex eis e„victo, extinguetur pro rata, ob „rationes especiales quas recenset „Salg. in *Labyr. part. 2. cap. 11. „num. 13.*

28 „Præterea, res in qui„bus census consistunt, fructife„ras esse debere, ex eo patet, „quod cum emptor comparet jus „percipiendi fructus ex ipsis, si „infructiferæ forent, usurarius et „ridiculus contractus evaderet, „Avend. *cap. 53.* et Leotard. „*quæst. 56.* qui alios laudant. „Immobiles quoque eas esse, cer„tasque ac determinatas opus „est: quia præterquam quod id „exigunt *Extravagantes Mar„tini V.* et *Callixti III.* quæ ex„tant in *tit. de empt. et vend. in „extravagant. commun.* census, „ut diximus, se habet ad instar „servitutis rerum, quæ nunquam „rebus movilibus imponitur; et „tractum successivum habet, ut „perpetuus vel longe duraturus

Digitized by Google

»existimetur: quibus aliisque ra»tionibus bene hoc assertum pro»bant Cenc. *de sensib. quæst.* 29. »et Avend. *capp.* 50. et 57. ubi »et alios idem tenentes referunt. »et insuper ipsi Cenc. *de quæst.* »29. et Avend. *cap.* 52. recte »docent, etiam censenda bona »immobilia ea jura incorporalia, »quæ naturaliter et inseparabili»ter cohærent solo, qualia sunt »jura pascendi, piscandi, deci»mandi et similia.

29 »Quia in censibus cons»tituendis frequentissime adjici »solent pacta quædam, operæ »pretium puto breviter ea excu»tere, et an justa et servanda »sint examinare. Primum est de »re, quæ censui supponitur, non »alienanda; cui pœna commis»si, si aliter fiat, addi solet. Se»cundum de jure eandem retra»hendi emptori census tribuen»do, si venditor eam alteri ven»diderit. De utroque late agit »Avend. in *suo tract de censib.* »*capp.* 85. et 86. Ut hoc argu»mentum rite examinetur, dis»tinguendum inter census, quibus »nullum est pretium à lege da»tum, et eos quibus lex pretia »taxavit. In prioribus qui pre»tium naturale duntaxat habent, »cujus, ut notissimum est, tria »sunt genera, supremum, me»dium et infimum, sustinenda »sunt pacta, si pretio supremo »vel medio constitutus sit cen»sus: quia etsi hæc pacta ven»ditori sint gravia, ut mox vi»debimus, nulla ipsi fit injuria, »si intra metam pretii infimi, et »non gravius prematur ab emp»tore. Sin autem infimo, cum »hoc censeatur legale seu lege »taxatum, ne minus sit, idem »erit dicendum ac de illis quibus »pretia taxavit lex civilis.

30 »Non autem res adeo »expedita est in censibus, qui»bus certa pretia lex taxat, qua»les, ut *supra* vidimus, in His»pania sunt consignativi redi»mibiles, et vitalitii. Avend. in »*dd. cap.* 85. et 86. etiam in »his utrumque pactum servan»dum existimat: idemque de se»cundo tuetur Gutierr. *lib.* 2. »*pract. quæst.* 167. Sed si verum »et æquum amamus, tenenda »est contraria sententia, quam »probant Leotard. *de iitur.* »*quæst.* 56. *nn.* 32. et *seqq.* et »*quæst.* 95. *n.* 5. et Olan. in »*concord. antinomiar. jur. lit. A.* »*nn.* 99. 107. et 108. Hujus ra»tio non minus clara, quam so»lida: quia nimirum Reges nos»tri pauperibus consulentes, ita »severe horum censuum pretia »taxarunt in *ll.* laudatis *supra* »*n.* 16. ut noluerint ullo un»quam casu minora, seu debi»toribus graviora constitui, ut »ipsæ leges manifestissime osten»dunt. Nemo autem, qui hocce »argumentum attente conside»ret, negare poterit, pactiones »de quibus agimus, aliasque si»miles distrahendi libertatem quo»quo modo restringentes, graves »censuum venditoribus esse, pro»indeque pretium quod accepe»runt minuere.

31 »Nec satisfacit solutio »adversariorum ajentium, lau»dat pacta, et maxime ea per

»quæ retractus seu prælatio emp»tori census conceditur, pre»tium non minuere, seu gravia »venditori non esse; propterea »quod solvendo emptor idem »omnino pretium eisdem condi»tionibus seu circumstantiis, quod »ab extraneo seu tertio, ut lo»quuntur, venditor consecutu»rus erat, nullum iste præjudi»cium sentit. Captiosa etenim est »hæc responsio: quandoquidem »venditoris damnum altiorem du»cit originem; quia nempe va»lente pacto, non tam facile in»veniri poterit, qui rem justo »pretio emere velit, cum sciat »emptor dominum census posse »illi præferri aut rem ab eo au»ferre, ut clarum est, et censuit »Rota *apud Cardin. Seraph.* »*decis. 1474. num. 1. vers. Nec* »*obstat*, laudata cum aliis à »Leotardo *d. n. 32.* cui conse»quens, ut viliori vendere co»gatur. Et proculdubio cum ne»gari nequeat pacta prælationis »seu retractus utilia esse empto»ri, fateri cogimur gravia esse »venditori, cum correlativa hæc »sint: leges autem quæ pretia »taxarunt, certo prohibent de»teriorem fieri venditorum con»ditionem, cum in ipsorum fa»vorem constitutæ sint, atque »inde in eorundem gratiam am»pliandæ. Matienz. in *l. 1. tit. 15.* »*lib. 5. Recop. glos. 1. num. 6.* »loquens de prælationis pacto »ait, nihil curandum de eo, »quia potius tribuendum est im»peritiæ Tabellionum, quam vo»luntati partium: quod verum »putamus. Sed ulterius dicimus, »quod etsi constet aliquo in ca»su partium voluntate adjectum, »esse, nullius erit roboris, sed »pro non scripto habendum.

32 »Neque nos turbat *Mo»tus Proprius Pii V.* dum in »*quinta clausula*, hoc prælatio»nis pactum probat: quia præ»terquam quod non loquitur de »censibus quorum pretia taxata »sunt, non est receptus in His»pania, ut diximus *num. 15.* »et in hoc maximum gravamen »continet, quod non tenentur »admittere Principes sæculares, »cum natura census qui contrac»tus sæcularis est, id non efla»gitet, neque illo periculis ani»marum obvietur, ut disserit »Molina in *comment. d. clausu»læ quintæ tract. 2. de just. et* »*jur. disput. 390.*

33 »Pacta itaque omnia quæ, »quia venditori gravia sunt, pre»tium census minuunt, pro non »scriptis habenda, Faria ad Co»varr. *3. var. cap. 7. num. 14.* »contractum vero ipsum non vi»tiant. Sed quæritur, an idem »dicendum, si expresse consti»tutum fuerit pretium vilius seu »minus eo quod leges taxasse »vidimus *sup. n. 16.* Et quam»vis *l. 8. d. tit. 15. lib. 5. Re»cop.* videatur probare, totum »contractum esse nullum, ibi: »*Y las ventas y contratos de los* »*dichos censos, que en otra ma»nera y á menor precio se hi»cieren y otorgaren, sean en sí* »*ningunos, y de ningun valor y* »*efecto.*: tamen *ll. 6. 12.* et *15.* »*eod.* quæ latius loquuntur, as»serere nos cogunt, non totum

»vitari contractum, sed pretii »diminutionem duntaxat, seu »quod idem est, ita pretii et »pensionis constitutionem refor»mandam, ut non major pen»tio solvatur quam quæ pretii »taxationi respondeat. Itaque si »census constituens 100. tibi de»dero ut 4. quotannis mihi sol»vans, valido evadente censu, »3. tantum solvere mihi tene»beris. Hæ namque *leges* lauda»tis *d. l. 8.* verbis, quæ etiam »exprimunt, hæc alia inmedia»te adjiciunt: *Y que no se pue»da en virtud de ellos pedir, ni »cobrar en juicio, ni fuera de »él; mas de á la dicha razon »y respecto.* Quare *laudata l. 8.* »in hoc argumento minus locu»ta est, plus voluit, et per alias »amplianda seu explicanda. Vi»de Avend. late probantem hanc »sententiam *cap. 36. de censib.* »et Larrea *allegat. 25. num. 8.* »alios laudantem.

34 »Superest ut pro *hujus* »*Appendicis* complemento, mo»dos quibus census extinguun»tur, recenseamus. Amittuntur »itaque: I. rei interitu, de quo, »occassione data, locuti jam su»mus *supra num.* 24. II. si res »censui obnoxia, tota simplici»ter et in perpetuum fructifera »esse desierit: ut bene probat »Leotard. *de usur. quæst 57. per »totam.* Ratio ea est quam ad»duximus *supra num.* 28. sta»tuentes res quæ censui subji»ciuntur debere esse frugiferas: »et quia de re simpliciter, per»petuo, et in totum sterili per»inde judicandum ac de re per»empta, quoad effectum perci»piendi fructus ex ipsa. Quia »vero non est in potestate de»bitoris rem deteriorem redde»re, atque ita creditori præju»dicium inferre, ab hoc cogi »poterit ut prædium colat ut »diligens paterfamilias, Leotard. »*de usur. quæst. 57. num. 6.* »et si ejus dolo vel culpa res »perierit vel infructuosa sit red»dita, licet census extinguatur »nihilominus ex defectu rei cui »inhæreat, poterit census domi»nus repetere pretium et id quod »ejus intersit, ut docet idem »Leotard. *d. quæst. 57. nn. 56.* »et *57.* et Cenc. *de censib.* »*quæst. 101.* et consonum est »juris regulis de dolo et culpa »debitorum.

35 »Insuper, quia sæpe du»bitari potest, an res censui sup»posita; per mutationem quam »fuerit passa, censenda sit per»empta vel facta sterilis; si hoc »prætextu à solutione pensionis »sese excusare voluerit debitor, »crediderim jus esse creditori »eum cogendi ut vel pensionem »solvat, vel rem ipsi creditori »dimittat: tum quia ita facilli»me amputantur lites, et obvia»tur fraudibus debitorum: tum »etiam, quia cum census se »habeat ad instar servitutis, to»tamque rem ac partes ejus om»nes afficiat, reapse et in ha»bitu, ut ita loquar, in re ste»rili et mutata, aut quacunque »ejus parte conservatur, ut in »area manet jus pignoris exus»ta domo, *l. Paulus 29. §. pen.* »*de pignor.* et eatenus extinc-

»tus dicitur, quatenus dominus, »nec jus ullum exigendi pensio»nes habet, nec possessorem a»reæ cogendi, ut domum ite»rum ædificet. Hocque obtine»bit, etiamsi census venditor »pactus fuerit ut rei interitus et »omne periculum ad se perti»neret, obligationemque domum »reædificandi in se suscepisset: »nisi hæc obligatio compensata »sit, aucto scilicet pretio supra »legis taxationem in tertia, quar»ta, aut simili parte arbitrio Ju»dicis moderanda, quæ periculo »quod venditor suscipit, ex æ»quo respondeat, Molina *dispp.* »*389.* et *391.* Avend. *cap.* 60. »*num.* 11. Vela *diss.* 33. à *n.* 72. »ubi latissime disputat de renun»ciatione casuum fortuitorum, e»jusque vi et extensione. Reco»le quæ diximus *n.* 29. et *seqq.* »de pactis debitori gravibus.

36 »Quid igitur dicemus si »domus iterum ædificetur? Com»munis sententia negat censum »destructione extinctum revivis»cere, ut in usufructu evenit. »Sed contraria verior: quia, cum »ut modo diximus, in area man»serit in habitu, non tam ex»tinctus quam suspensus seu in»fructuosus redditus existiman»dus, perinde ac si ager qui »perpetuo sterilis factus crede»batur nullosque fructus per plu»rimos annos produxit; denuo »fructuosus fiat. Nec obstat e»xemplum ususfructus: quia jus »hoc personale facilime amitti»tur quocumque facto quo res »nomen mutet, adeo ut usus»fructus sylvæ sine dubio ex»tinguatur, si ea cæsa, satio»nes illic sint factæ, *l.* 10. §. 4. »*quib. mod. ususfr. vel usus am.* »quod in censu nemo usquam »dixit. Cæterum creditori nul»lum jus erit exigendi pensio»nes annis ruinæ respondentes: »quia indebitæ. De praxi con»traria juste conqueritur Socue»va in *libello de los censos* §. »*4. in fine*, inquiens eam esse »causam ob quam Hispalensis ci»vitas areis abundet ruinis de»formata. Utile igitur erit pos»sessori areæ ad vitandas lites, ut »antequam reædificet, cum cre»ditore paciscatur.

37 »III. extinguitur cen»sus demissione rei in qua est »collocatus, id est, si rei pos»sessor eam dimittat seu dere»linquat census domino, ut os»tendit Avend. *de censib. cap.* »*110. nn.* 6. et 12. Ratio eadem »fere quæ in casu interitus rei »quia nempe, cum census, ut »sæpe diximus, onus sit rei ad »instar servitutis, rem solam affi»cit, personamque duntaxat obli»gat quatenus rem ipsam possi»det: neutiquam alias: cui om»nino consequens, ut debitor »possit rem dimittere atque ea »dimissa liberari; quemadmo»dum liberum est domino præ»dii servientis ipsum dimittere. »Nec absimili ratione Jurisscon»sultus Marcianus in *l. filiusfa»milias* 114. §. *sed* 1. *vers.* »*Certe de legat.* 1. audiendum »esse docet legatarium fundi, qui »cum rogatus fuisset certam quan»titatem alteri dare, voluerit »ipsum fundum præstare fidei-

» commissario, ut ab onere fi-
» deicommissi sese liberaret. Et
» quidem quando debitor rem one-
» ratam domino census dimittit,
» confusio jurium contingit; no-
» tissimum autem est, confusione
» tolli omnes obligationes ipso ju-
» re, *l. sicut 75. de solut.* Ex tri-
» bus modis extinguendi census
» hactenus relatis, primus et ter-
» tius locum etiam habent in em-
» phyteusi et censu reservativo;
» hoc tantum discrimine, ut em-
» phytensis duntaxat per integrum
» rei interitum extinguatur, quin
» ullam pensionis diminutionem
» possit emphyteuta petere quan-
» diu pars rei manet, ut ex *l. 1.*
» *C. de jur, emphyt.* diximus in
» *Inst. §. 3. de loc. et cond.* ubi et
» rationem attulimus; quia vide-
» licet pensionem non solvit pro
» modo fructuum quos percipit,
» sed in recognitionem dominii
» directi seu supremi. Quæ ratio
» impedimento etiam est, quo-
» minus emphyteusis extinguatur
» per secundum recensitum mo-
» dum quando scilicet res infruc-
» tuosa fit. Poterit tamen em-
» phyteuta, si sibi expediat, rem
» his casibus dimittere et libera-
» ri, cum nullo jure prohibea-
» tur. Cæterum in nostra Hispa-
» nia meminisse oportet, nedum
» totius rei interitum pertinere ad
» dominum directum, sed etiam
» quando talis est, ut minus
» quam octava rei pars maneat,
» ut monuimus in *Inst. d. §. 3.*
» *de locat. et cond.* ex *l. 28. tit.*
» *8. P. 5.*

38 » Extinguitur IV. cen-
» sus præscriptione 30. annorum,
» quando scilicet possessor rei quæ
» censui subjecta fuerat, eam tan-
» quam liberam ab illo onere tri-
» ginta annos continenter bona
» fide possedit, ut generaliter,
» nulla inter possessores abhibita
» differentia, tradunt Gom. 2. *var.*
» *cap. 11. num. 45.* et Carleval *de*
» *jud. lib. 1. tit. 3. disp. 4. num.*
» 20. Alii vero Doctores distin-
» guendum existimant, an rei pos-
» sessor sit ipse qui rem censui
» supposuit, aliusve qui rem ab
» eo habet titulo universali; an
» tertius, seu alter qui illam ti-
» tulo singulari fuerit adeptus. Hi
» in priori casu laudatam senten-
» tiam Gom. et Carlev. defen-
» dunt, atque de ea exaudien-
» dam putant *l. 6. tit. 15. lib. 4.*
» *Recop.* (*63. Tauri*) quæ obli-
» gationibus cum hypotheca seu
» mixtis hunc præfixit terminum.
» Cæterum in secundo in diver-
» sas abeunt sententias. Gutierr.
» *lib. 1. pract. quæst. 90.* cum
» pluribus quos ibi laudat *num. 9.*
» contendit, tertium qui rem ut
» liberam bona fide justoque ti-
» tulo per 10. annos inter præsen-
» tes, et 20. inter absentes pos-
» sedit, rei libertatem consequi
» censu penitus extinto, ex *ll.*
» *39. tit. 13. P. 5. et 27. tit. 29.*
» *P. 3.* probantibus *ll. 2.* et *3. C.*
» *si adversus vendit.* quas per *d.*
» *l. 6.* non corrigi existimat: quod
» non placet; quia præterquam
» quod verba *hujus l. 6.* genera-
» lia sunt, ibi: *La deuda se*
» *prescriba por 30 años*, quin
» ullam possessorum differentiam
» meminerit; nulla apparet ratio
» ob quam *eadem l. 6.* correcto-

Digitized by Google

» ria sit, ut fatetur ipse Gutierr. » *dd. ll.* 39. et 27. pro ea parte, » qua in primo casu 40. annos » ad præscribendum desiderabant, » et non corrigat eas pro alia » parte, qua in secundo 10. vel » 20. annis contentæ erant.

» 39. Sed neque placet opinio » Avend. *de censibus cap.* 103. » *num.* 7. existimantis tertium pos» sessorem non posse præscribere, » nisi per tempus immemorabile, » vel 40. annos cum titulo; ea » ductus ratione, quod census » contractui adjicitur semper pac» tio de re non alienanda, quæ » cum impediat dominii transla» tionem, præscriptioni resistit. » Quia præterquam quod non tan» ta tribuenda est vis dictæ pa» tioni, ut docet Gutierr. *d.* » *quæst.* 90. *num.* 10. non agi» mus hic de præscribenda re cen» sui obnoxia, sed de præscri» bendo ipso censu, qui cum e» tiam ab eo, qui ipsum rei suæ » imposuit, vel saltem ab ejus » hærede, qui bonam fidem ha» bere potest, præscribi valet: in» super habenda ad id quæcum» que prohibitio alienandi. Præ» terea, cum nos *supra num.* 33. » laudatæ pactioni in censibus » qui pretium à lege habent, lo» cum non fecerimus, rationem » Avend. quod ad illos attinet, » longius ablegamus.

» 40. Concludimus ergo, om» nes rei censui subjectæ posses» sores, nulla inter eos distinctio» ne adhibita, qui rem ipsam tan» quam liberam 30. annos bona » fide possederint, rei libertatem » præscribere, censumque hac » præscriptione prorsus extingui: » ita tamen, si neque ullus a» lius pensionem creditori solve» rit. Quæ sententia communis » est magisque consona *laudatæ* » *l.* 6. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* quæ » inter possessores non distinguit, » et 30 annos desiderat ad præs» cribenda seu extinguenda de» bita, quæ non ex mera obliga» tione personali nascantur, qua» le esse censum nemo ibit infi» cias. Exigimus autem bonam fi» dem, quia ut diximus in *Inst.* » §. 2. *vers. In Hispania de usu* » *cap.* necessaria in Hispania est » etiam in præscriptione 30. an» norum. Animadvertere autem » hic obiter lubet, receptum in » hoc Valentino Regno fuisse, » plurisque rerum judicatarum » auctoritate firmatum, ut cen» sus non minori quam centum » annorum præscriptione extin» guerentur, ut docet Bas in *Theat.* » *jurisp. cap.* 12. n. 23. Cæterum » cum hodie nulla sit ratio quo» minus hæc jurisprudentia per » laudatam *l.* 6. non sit abolita, » postquam jus commune Hispa» niæ seu leges Castellæ, ut vo» cant, in eodem servamus: cre» diderim etiam in hoc Regno » census nunc extingui 30. anno» rum præscriptione. Sed nec ra» tio ob quam antea centenaria » credebatur necessaria, adducta » à Bas *d. n.* 23. maximi erat » ponderis.

41 » Hæc prescriptio quæ » censum extinguit, currere in» cipit ex eo tempore quo omni» no cessatum est in solutione » pensionis, id est, quo credi-

» tor eam à nullo percepit, ut » optime probat Avend. *ubi supra cap. 105.* quare etsi possessor rei non solverit, nullus » esse poterit præscriptioni locus, adeo ut nec inchoata dici » queat, dum is qui cum creditore contraxit, aliusve ejus » nomine solvat, Cenc. *de censib. quæst. 117.* nn. *16.* et *17.* » An autem extincto ipso censu » per prescriptionem, extintæ » etiam intelligantur omnes annuæ pensiones tam primi anni » ex quo in solutione cessatum » est, quam reliquorum sequentium; vel tot sint præscriptiones » necessariæ, quot pensiones, ut » in quolibet anno nova requiratur » præscriptio; quæstio est majorem habens difficultatem, quam » late examinat idem Avend. » *cap. 104.* Juxta sententiam itaque hujus Doctoris, præscriptione ipsa, quæ censum extinguit, omnibus ejus pensionibus » præscribetur, ut nulla amplius » exigii possit. Ratio ea est quam » tradit Carlev. *de jud. lib. 1. tit. 3. disp. 4. n. 20.* et ipse » Avend. *d. cap. 104. n. 3.* quia » nempe census est principale aut » præcipuum et radix seu origo » totius obligationis, pensiones » vero accessoriæ ab eo pendentes; notum autem est corruere » accessoria principali corruente. » Præterea, huic sententiæ manifestissime favet Justinianus in » *l. 26. C. de usur.* Cæterum ipse » Justinianus verbis adeo claris » sententiam contrariam videtur » firmare in *l. cum notissimi 7. §. in his 6. de præscrip. 30. vel 40. ann.* ut plurimum in ea » cum *d. l. 26.* conciliandæ de» sudent Cujacius aliique Inter» pretes cum Glossa, atque ita » perplexam hanc faciant quæs» tionem ex Romanorum jure, » ut utramque æque probabilem » esse dici queat. Nobis magis » aliquantulum arridet sententia » Avend. quia et verba *d. l. 26.* » clariora sunt, et allata ratio » qua innititur, magni est pon» deris. Contrariam sequuntur » plurimi adducti ab Ayllon *ad* » *Gom. 2. var. cap. 11. n. 45.* » et summus Cujacius in *d. l. 7.*

42 » Denique redimibiles cen» sus redemptione extinguuntur, » id est, quando creditori red» ditur, sive solvitur sors seu » pretium quod in ejus constitu» tione acceperat, qui modus sim» plicissimus est, maximeque na» turalis. Liberum itaque erit de» bitori census, quandocumque » voluerit, pretium ejus creditori reddere, eaque solutione cen» sum extinguere; nedum ex in» tegro, sed et pro parte, in» vito etiam creditore, ut alios » laudantes bene probant, con» trariisque satisfaciunt Avend. » *ubi supr. cap. 107.* Felician. » *lib. 1. cap. 8. num. 16.* et *tom. 2.* » *lib. 1. cap. 8. num. 12.* Vela » *dissert. 34.* à *num. 48.* plures » decisiones Senatuum Hispalensis » et Granatensis referens, et Gutierr. *lib. 2. pract. quæst. 174.* » Horum præcipua ratio est: quia » *Extravagantes Martini V.* et » *Callixti III.* quarum memini» mus *sup. n. 28.* apud omnes in » hoc argumento receptæ et ma-

»xime commendabiles, tamquam »quæ primæ horum censuum for»mam statuerunt seu probave»runt, redemptiones in eis pro »parte fieri posse statuunt. Quia »vero partis nomine quo *dd.* »*Extravagantes* utuntur, dimi»dia significatur, *l. etiam 43.* »*de usufr. l. nomen 164. §. 1. de* »*verb. sign.* et facultas redimen»di per partes adversatur doctri»næ communiter receptæ in ar»gumento de solutionibus, quod »scilicet solutio per partes fieri »nequit creditore invito, veram »putamus sententiam Velæ *d.* »*disset. num. 50.* existimantis »non licere debitori partem mi»norem dimidia redimere. Gu»tierr. *ubi sup.* vult, partem »quæ redimitur debere esse me»diocrem veluti tertiam aliamve »arbitrio Judicis attenta quan»titate ipsius census et persona»rum; huncque in dubio pro»niorem ad admittendam re»demptionem pro parte, quam »ad denegandam, maxime si »census pluribus jam retro annis »durat seu fuerit solutus; quan»doquidem isti census odiosi »sunt: nisi tam minima fuerit »pars, ut ejus limitata redemp»tio grave creditori damnum »inferret. Insuper recte quoque »statuunt iidem DD. non valere »pactum, quo redemptio census »per partes prohibetur, nisi fue»rit compensatum majore pre»tio quam quod lex taxat, in »ejusdem constitutione dato. Ra»tio ipsis est: quia hocce pac»tum, utpote debitori grave, »pretium datum minuit, quod»leges nostræ severe prohibent. »Quæ solidissima ratio eos quo»que movere debuit, ut omnia »hujus generis pacta improbarent, »ut nos fecimus *supra num. 33.* »Illud denique prætereundum »non est, naturam census non »pacti, ut creditori concedatur »potestas cogendi debitorem ut »eum redimat; quia si id eve»nerit, non census, sed mutuum erit, et pensiones usurariæ, ut »monet Felician. *d. lib. 1. cap. 8.* »*num. 18. et alibi.*

43 »Animadvertere autem »hic libet, non esse infrequens »in hoc Valentino Regno, *et* »*debitorium* appellari contrac»tum similem casui à Diocletia»no et Maxim. probato in *l. cu»rabit Præses 5. C. de act. empt.* »*et vend.* in hæc verba: *Cura»bit Præses Provinciæ compel»lere emptorem, qui nactus pos»sessionem fructus percipit, par»tem pretii quam apud se ha»bet cum usuris restituere: quas »et perceptorum fructuum ratio, »et minoris ætatis favor (licet »nulla mora intercesserit) gene»ravit.* Debitorium autem nihil »est aliud, quam: *Emptio in »qua emptor rem venditam ac»cipiens, totum pretium vel »ejusdem partem apud se reti»net, constituens, se certo tem»pore illud integre soluturum, »et interim pensionem respon»dentem pretio seu parti, ejus, »cujus est debitor: venditore »sibi reservante jus eam exigen»di in compensationem fructuum »rei quam tradit.* Justitiam *d.* »*l. 5.* late probat Covar. 3. *va-*

Digitized by Google

»*riar. cap. 4.* et latius plures »laudans Faria in *add. ad ipsum* »*Covar. d. cap. 4.* ea nixus ra»tione, quod usuræ quas hoc »casu percipit venditor, non sunt »proprie usuræ, lucratoriæ sci»licet jure improbatæ; sed com»pensatoriæ ejus quod ipsi de»betur, et justissime recepturus »erat, pretii videlicet rei suæ »quam emptori tradidit. Quam »rationem illustrat idem Covarr. »plura memorans probansque pac»ta, quæ in hunc finem à con»trahentibus adjici valent in emp»tionibus; atque inter ea *n. 6.* »quoddam simillimum illi, quo »debitorium apud nos constitui»tur, ut nempe emptor consti»tuat, se soluturum venditori »certam annuam quantitatem, »dum pretium solutum non fue»rit, jure et titulo annui reditus »redimibilis venditi super ipsa »re vendita; additque id notan»dum, quia ipsi vidit non se»mel hanc pactionem initam fuis»se. Simillimum dixi et non idem, »quia ab eo debitorium aliquan»tulum differt, quatenus in hoc »tempus assignari solet, intra »quod emptor tenetur solvere pre»tium, et jus percipiendi annuos »reditus non emitur, ut mox vi»debimus.

44 »Per venditionem itaque »cum laudato pacto, cujus me»minit Covarr. *d. num. 6.* verus »constituitur census, ut bene pro»bat Molina *disp. 382.* osten»dens duas eo casu contrahi ven»ditiones: prima nempe clara, »qua venditor rem in emptorem »transfert: secunda occulta per »fictionem brevis manus, quia »fingitur emptorem rei pretium »solvisse venditori, huncque pos»tea tradidisse emptori ipsi, e»mendo ab eo jus percipiendi »pensiones super re ipsa vendi»ta. At in debitorio prima dun»taxat venditio clara intervenit, »secunda desideratur: quia cre»ditor jus pensiones percipien»di non habet titulo emptionis, »sed quia eas, rem vendens, si»bi reservat in fructuum com»pensationem. Quin proinde cen»sus evadat, reservativus, quia »pretium certum desiderat, ut »venditiones ceteræ: quod in »censu reservativo alienum. Con»cludimus igitur cum D. Hiero»nimo de Leon *decis. 48.* et Bas. »in *Theat. jurisp. cap. 12. n. 18.* »cum *seqq.* debitorium ab omni »censu distingui: quia cum, ut »modo diximus, creditor pen»siones percipiat duntaxat in »compensationem fructuum rei »quam tradidit nullo accepto »pretio, et ne utroque simul re »et pretio, cum magno sui detri»mento carere cogatur, juxta »*laudatam l. 5. C.* consequens »est; ut debitoris obligatio ita »sit personalis, ut rem vendi»tam neutiquam afficiat, neque »ullum ad ipsius personæ indus»triam aut operas respectum ha»beat: sine quibus nullum esse »censum, si vitalitium excipias, »apud omnes in confesso est.

45 Atque hac forte de cau»sa locum non habet in debito»riis augmentum pretii, seu pen»sionis diminutio ad rationem »3. pro 100. de quo fuimus *lo-*

Digitized by Google

»cuti *sup. num. 16.* ex Regia »decisione emanata anno 1762. »ad supplicationem Ecclesiarum »oppidorum *Castellon de la Pla»na*, *Villareal* aliorumque. In »qua, Regio Castellæ Senatu »consulente, Rex jubet, ut de»bitoria in eo maneant statu »quem ante ann. 1750. in quo »laudata pensionis diminutio con»tigit, habebant; ita tamen ut »liberum sit debitoribus jus suum »de minuenda pensione apud ip»sum Castellæ Senatum propone»re in judicio petitorio seu pro»prietatis. Laudata itaque deci»sio statum duntaxat possesso»rium respexit, nihil de jure pro»prietatis definiens. Et sane, si»cet re accurate examinata, debi»toria proprie non sint census; fa»tendum tamen vicem censuum »obtinere, ex voluntate saltem »creditorum: quandoquidem ii »dum prædium in debitorium »vendunt, hoc solum intendunt, »ut pensiones pretii ipsis solvan»tur ad rationem 5. pro 100. »ut in censibus obtinebat ante »dictum annum 1750. Idipsum »observatur in venditionibus, quæ »cum pacto de revendendo fiunt »(*á carta de gracia* nos dici»mus); in eis etenim id agitur »frequentissime, ut venditor ex»traneum subornet, qui prædii »venditi conductorem se simu»let, ipseque venditor pro eo »fidejubet; reque ita peracta »venditor prædium colit fructus»que ejus percipit tamquam si »illud non alienasset, curante »solum emptore pensiones ad ra»tionem 5. pro 100. percipere »sub locationis velo: quod plu»rimis litibus et præjudiciis lo»cum amplum facit: quia cum »regulare sit, ut fere omnes, has »venditiones quas venditores ee»lare student, ignorent; in cau»sa id est, ut sæpe venditores ip»si prædia ita vendita aliis ite»rum vendant, tanquam si ad»huc sua essent.

46 »Ut his litibus fraudibus»que, quæ etiam in iis qui res »censibus obnoxias possident ob»servantur, obviam eatur, editæ »sunt anno 1539. *l. 5. tit. 15. »lib. 5. Recop.* ann. 1713. *se»nat. 21. tit. 9. lib. 3.* et tandem »ann. 1768. *l. 14. d. tit. 15.* quæ »duas anteriores confirmat, am»pliusque adibet remedium. Sum»ma *hujus constitutionis* hæc est: »I. Ut in omnibus urbibus oppi»disve quæ alicujus territorii sunt »veluti Metropoles (*Cabezas de »partido* dicimus), quasi tribu»nal seu officium constituatur (*Ofi»cio de hipotecas* ait lex), ad cu»jus regimen liber existat penes »Scribam Senatus, in quo instru»mentorum omnium agentium de »censibus, tributis, et generali»ter de quacumque hipoteca seu »gravamine bonorum immobi»lium (quo nomine omnia jura »perpetua quæ gravamen seu hy»pothecam admittunt, continen»tur), notetur seu habeatur ratio »exprimens locum et diem con»fectionis instrumenti, nomina, et »incolatum contrahentium, qua»litatem contractus, et bonorum »gravamini subjectorum descrip»tionem, prout in ipso instru»mento facta est. II. ut hæc so-

Digitized by Google

»lemnitas peragenda sit intra sex »dies ab eo in quo instrumen»tum conficitur, si in ipsa quasi »Metropoli conficiatur; sin au»tem in alio territorii oppido in»tra mensem: et in instrumentis »*d. l. 14.* antiquioribus antequam »in judicium deducatur. III. ut »propter hujus solemnitatis omis»sionem nulla sint instrumenta »quoad effectum persequendi hy»pothecas, cæterosque qui rei li»bertatem impediant: res etenim »libera existimanda ab omni one»re seu gravamine, sub pœna a»missionis officii, solutionisque »damnorum hac occassione emer»gentium cum quadruplo, in Ju»dices qui contra judicaverint. »IV. ut sub eadem nullitate et »pœna teneantur Notarii, qui »instrumenta conficiunt, in eis »exprimere laudatæ solemnitatis »necessitatem, deque ea contra»hentes monere. V. ut si quis è »contrahentibus ad laudatum of»ficium deferat instrumentum a»liquod redemptionis census, aut »liberationis oneris cujuscumque, »cogatur Scriba ejus rationem in »libro exhibere, poteritque ipse »Scriba rationum quæ in eodem li»bro habentur attestationem seu »testimonium extrajudicialiter pe»tentibns dare, quin ullo judicis »decreto opus sit.

» 47 *Hujus constitutionis* sco»pus, ut in *laudatis legibus* ha»betur, est, ut ad omnium no»titiam rerum onera facile perve»nire queant; et occasio occul»tandi ea, emptoremque circum»scribendi vitetur. Eadem de cau»sa statutum quoque in *l. 2. d. »tit. 15.* ut si dominus rei sup»positæ censui vel tributo, alium »censum seu tributum super ip»sa imposuerit seu vendiderit, de »priori non monens hunc novum »emptorem, teneatur huic ipsi »tradere vel restituere pretium »quod ab eo acceperat cum du»plo. Si autem idem dominus rem »ipsam censui obnoxiam ut libe»ram vendiderit, censusque redi»mibilis fuerit, jus erit emptori »venditorem cogere ut censum »redimat, et reditus omnes ad »quorum solutionem ipse teneri »poterat, solvat; vel pretio non»dum soluto, poterit per excep»tionem, census pretium retine»re, *l. ex his prædiis 5. C. de »eviction.* ad dissolutionem igi»tur venditionis non aget: quia »dum apud eum res libera ma»net, qualem comparavit, nihil »est de quo conqueri valeat, Mo»lina *disp. 394. vers. E contra»rio* cum *seq.* Gutier. *lib. 2. pract. »quæst. 169.* ubi ait se ita vidis»se pronunciatum in Regia Can»cellaria Pinciana.

48 »Quia vero cuando cen»sus irredimibilis est, nullam »luendi potestatem venditor ha»bet, alia via emptori consulen»dum erit. Si ex jure Romano»rum quæstio decidenda foret, »distinguendus casus in quo ven»ditor scit rem esse censui suppo»sitam ab eo in quo id ignorat, »ut in primo venditor teneatur »emptori actione ex empto in id »quod hujus intersit; et in secun»do præstet eidem quanto mino»ris rem iste emisset, si scisset »censum impositum, *l. 1. §. 1.*

Digitized by Google

» *l. 13. §. 6. l. 39. de act. empt.* » *vend. l. 61. de evict. et ibi* Go» thofr. Gomez. 2. *var. cap.* 2. » *num.* 45. Loquuntur quidem hæ » leges de servitutibus, sed quam » similes, et maxime in hoc argu» mento, sint servitutes censui ir» redimibili, nemo non videt, ut » nullus differentiæ locus pateat. » At in nostra Hispania *l.* 63. » *tit.* 5. *P.* 5. jus emptori tribuit, » ut venditionem rescindat, pre» ciumque quod dedit à vendito» re repetat una cum damnis de» trimentisque, quæ hac occasio» ne sit passus, Gutier. *d. quæst.* » 169. Gom. *d. n.* 45. ubi recte » existimat, quod *hac lege* stan» te, in electione emptoris sit vel » rescissionem venditionis petere, » vel rem retinere et ad id quod » ejus intersit seu quanto minoris » agere, secundum juris Roma» ni placita: per illa etenim *d.* » *l.* 63. verba *puede el compra» dor desfacer la vendida*, ma» nifesto emptori hæc electio con» ceditur.

TITULUS TERTIUS.

DE ÆSTIMATORIA.

1 *Quid sit contractus æstimatorius, ex quo actio* æstimatoria *seu* de æstimato *nascitur.*

2 *Non vitiat hunc contractum quod merces intervenerit: et exponitur duplex actio quæ ex hoc contractu nascitur: et ad quem pertineat periculum.*

1 Agitur *hoc titulo* de contractu emptioni venditioni etiam simillimo, qui tamen nominatus non est, sed innominatus. Eum Interpretes appellant *æstimatorium* et contingit: *Cum res æstimata vendenda traditur et accipitur*: ex quo actio nascitur, de qua olim dubitatum, utrum esset ex vendito, propter æstimationem: an ex locato quasi rem vendendam locasse videor: an ex conducto, quasi operas conduxissem: an mandati. Sed meliùs visum fuit, dubitationis tollendæ gratia, hanc actionem proponi quæ *de æstimato* seu *æstimatoria* vocatur, *l.* 1. *hoc tit.* licet enim ad classem actionum *præscriptis verbis* pertineat, *d. l.* 1. *l. si gratuitam* 17. §. 1. *de præsc. verb.* ut omnes quæ ex contractibus innominatis descendunt; tamen ut ait Cujac. *hoc tit.* propriam hanc appellationem est nacta: quæ bonæ fidei est, *d. l.* 1. §. 28. *Inst. de act.* ubi et rationem tradidimus.

2 Quia hæc actio utilis est, etsi merces intervenerit; *l.* 2. *hoc tit.* poterit is qui rem vendendam accepit, eam petere, si conventa fuerit; et debet quoque indemnis servari: atque his de causis tenent communiter Interpretes nedum rem tradenti, sed etiam accipien-

Digitized by Google

ti actionem ex hoc contractu nasci: quarum illam directam appellant, hanc contrariam, ut similior in hoc sit contractus iste mandato, quam emptioni vel locationi. Prima competit tradendi contra accipientem, ut aut rem reddat incorruptam, aut æstimationem de qua convenit; *d. l. 1. §. 1.* Secunda accipienti datur adversus tradentem, ut mercedem, si qua intervenerit, solvat, et eum indemnem præstet, si forte aliquid ei absit ob hoc susceptum negotium. Æstimationem autem periculum facere ejus qui suscepit, generaliter dixit Ulp. in *d. l. 1. §. 1.* Idem tamen in *d. l. 17. §. 1. de præscr. verb.* ita distinguit, ut si ego venditor seu traditor te rogavi, meum sit periculum: si tu me, tuum: si vero neuter nostrum rogavit, sed duntaxat consensimus, tenearis tu hactenus, ut dolum et culpam mihi præstes: cui non male quadrat alia distinctio quam ipse Ulpian. tradit in *l. rogasti 11. de reb. cred.* Explicanda itaque videtur *d. l. 1.* per *d. l. 17.* Glossa alias conciliationes adducit in *d. l. 1.* quæ minus placent.

TITULUS QUARTUS.

DE RERUM PERMUTATIONE.

Cod. lib. 4. tit. 64. (1).

1 *Permutatio contractus innominatus est.*

2 *Ei qui contractum implevit, duplex actio tribuitur adversus eum qui non implevit.*

3 *Jus Hispanum.*

1 Sequitur alius contractus innominatus *permutatio*, adeo emptioni venditioni similis, ut dubitatum olim fuerit an permutatione emptio contrahebatur, quamvis negantium opinio prævaluit, §. 2. *Inst. de emp. et vend.* ubi differentias inter utrumque contractum exposuimus: ex quibus natura hujus contractus satis fit nota: atque idcirco parcissime de eo *hic* loquemur. Easdem latius perscrutatus est Anton. Fab. in *Ration. l. 1. hoc tit.* quam totam esse magistralem ait. *ibi vers. Quod in his* fatetur non potuisse Paulum apertius dicere idipsum quod omnes Interpretes sentiunt, contractum istum innominatum esse, idque esse verum licet ipse antea contrarium tenuit: novamque suam et communem sententiam probat (2).

2 Quoniam permutatio, ut cæteri contractus innominati, ex re tradita initium obligationi præbet, *d. l. 1. §. 2.* non prius cui-

(1) Tit. 6. P. 5.

(2) L. 5. d. tit. 6. P. 5.

Digitized by Google

que ex contrahentibus actio nascitur, quam pro sua parte contractum impleverit, *l. 3. C. hoc tit.* quod qui fecerit, duplicem adversus alterum nolentem implere, viam habet: poterit enim vel agere actione *præscriptis verbis*, ut damnetur ei quanti sua intersit, illud de quo convenit, accipere: vel si suum recipere velit, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta, *l. naturalis 5. §. 1. de præscr. verb. l. 5.* cum *seq. C. hoc tit.* quæ expresse has duas actiones ei tribuunt (1) Quare per eas exponenda *lex 1. §. ult. hoc tit.* quæ conditionem concedens, videtur negare actionem *præscriptis verbis*, pluribus locis tributam, vel tollendo negationem cum Hotom. vel addendo verbum *tantum* post verbum *non*, ut facit Glossa. Esse denique bonæ fidei actionem istam, notum est, §. 28. *Inst. de act.*

3 » In Hispania, cum omnia » pacta seria actionem pariant, et » obligetur quisquis voluerit sese » quomodocumque obligare ex fa» mosa *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* » quam toties laudavimus in *Inst.* » *tit. de inut. stipul.* ex sola con» ventione de permutando obliga» tio et actio cuilibet è paciscen» tibus nascitur. Nihil tamen ob» est quominus dicamus neminem » eorum posse actionem sibi na» tam efficaciter intendere, quin » prius ipse contractum impleve» rit, ut de actionibus empti et » venditi diximus *sup. tit. de act.* » *emp. et vendit. nn. 2. et. 9.*

TITULUS QUINTUS.

DE PRÆSCRIPTIS VERBIS, ET IN FACTUM ACTIONIBUS.

1 *Unde nascatur actio præscriptis verbis, et quando competat, vel cum aliis actionibus concurrat.*

1 Actiones *præscriptis verbis* notionem tradidimus in *Inst.* §. 2. *de locat. et cond.* §. 1. *num. 3. et actionum in factum* in *iisdem.* §. *ult. de leg. Aquil. n. 4.* Illa, cujus appellationi ut *ibi* monuimus ex *l. 24. hoc tit.* adjicitur nonnunquam verbum *in factum*, nascitur vel ex contractibus innominatis, *l. 3. l. 5. §. 2. eod.* vel ex variis causarum figuris; dum nempe dubitatur ex quo contractu sit agendum, et deficiunt vulgaria, atque usitata actionum nomina, *l. 1. de æstim. act. l. 1. per totam, l. 2. hoc tit.* ubi et exempla. Itaque hi aditus locum faciunt actioni *præscriptis verbis:* ad quam, alia deficiente, con-

(1) L. 3. eod.

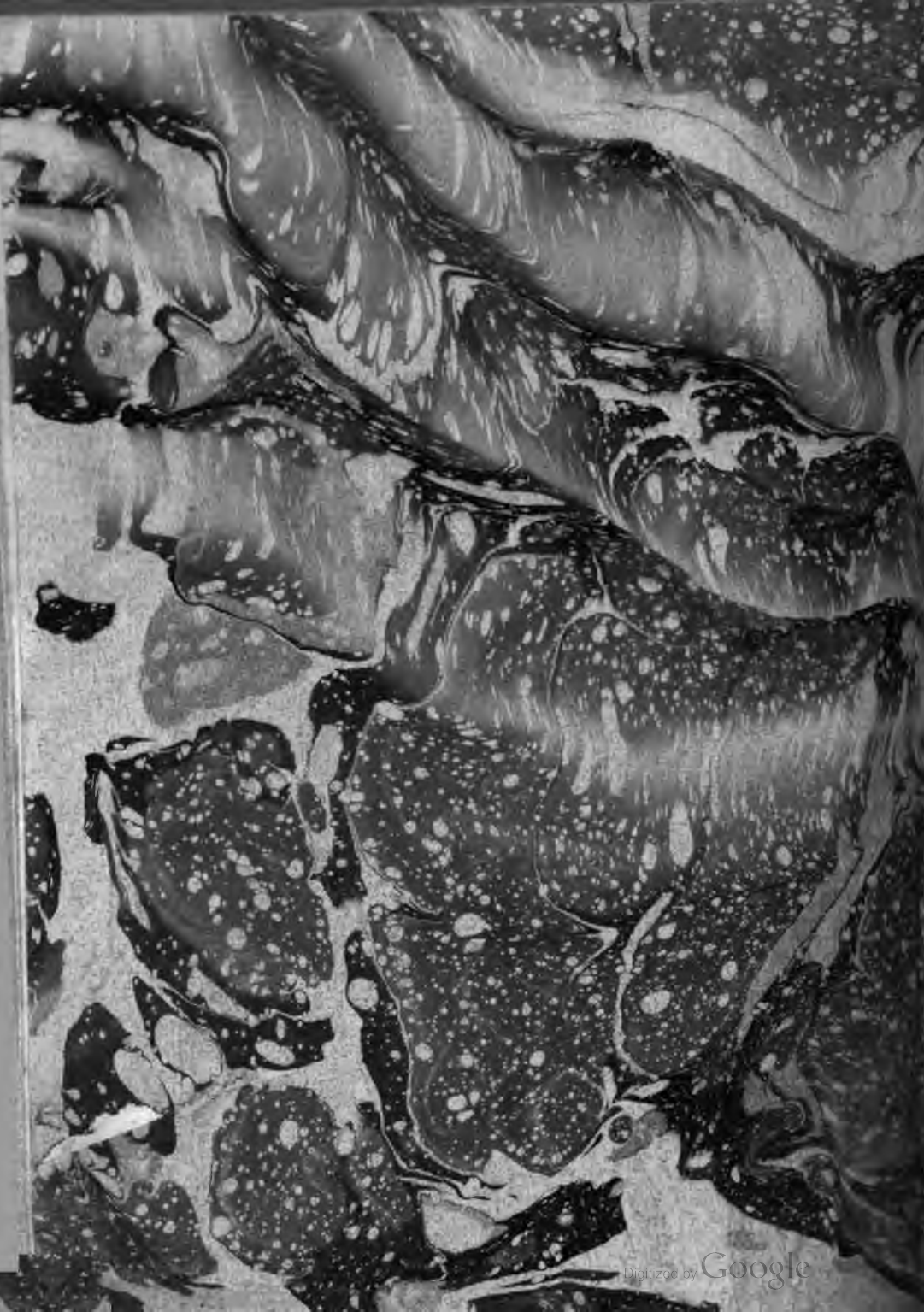
Digitized by Google

fugimus, quasi subsidiaria sit volenti agere, cui actio certum nomen habens prodita non est: quod ideo provisum, quia in jure plura sunt negotia quam vocabula, *l. 4. eod.* Datur autem ei qui jam dedit vel fecit contra alterum qui vicissim se daturum vel facturum promisit, ut contractum adimplat, aut in quod agentis interest damnetur, *d. l. 5. §. 1.* cum *seq.* sed poterit iste, si ipsi placuerit, hac via omissa, rem quam dedit, repetere per conditionem *causa data, causa non secuta*, ut ex *ead. l. 5.* ostendimus *tit. præc. num. 2.* Concurrit vero cum interdicto de precario, *l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. de precar.* et interdum etiam cum actionibus empti, mandati, et commodati, ut in causibus propositis in *l. 50. de contr. empt. l. 2. C. de pact. int. emp. et vend. l. 13. §. ult. commod.* propterea quod prius fuerat dubitatum, an in iis casibus emptio mandatum vel commodatum contrahebatur, atque concessa ex eo tempore fuit hæc actio præscriptis verbis, Voet *hoc tit. num. 3.*

FINIS TOM. I.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google